

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 ANGÉLICA CALDERÓN VALBUENA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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. Sonia Lorena Riveros Valdés quien se identifica con la C.C. No 1.105.681.100 y la T. P. No. 255.514 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Leidy Yohana Puentes Trigueros quien se identifica con la C.C. No 52.897.248 y T. P. No. 152.354 del CSJ como apoderada judicial la Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No.

184.941 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A. en la forma y para los efectos de los poderes generales conferidos.

Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Nelson Segura Vargas identificado con C.C. No. 10.014.612 y la T.P. No. 344.222 del C. S. de la J. como apoderado de Protección 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., Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 24 de junio 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.

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

DEMANDA

María Angélica Calderón Valbuena, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones el capital cotizado, el bono pensional junto con sus rendimientos, y a ésta última a recibir y aceptar el capital. Finalmente, pide se condene en costas a Colfondos S.A.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 56 a 63 (C.D. fl. 2 archivo 02), en los que en síntesis se indica que: nació el 7 de abril de 1965 por lo que a la presentación de la demanda con 53 años; entre febrero de 1992 y septiembre de 2018, contabiliza un total de 1336,71 semanas, de las cuales 1217,57 son aportes al RAIS y las restantes al RPMPD; se cambió de régimen

pensional en julio de 1994 por medio de Porvenir S.A. y posteriormente de manera horizontal a Colfondos S.A. en 2015; en el año 1994 mientras prestaba servicios a la Fiscalía General de la Nación, la abordó una asesora de Porvenir S.A., quien le expresó que se pensionaría con una mesada pensional superior a la edad que deseara, empero, no se elaboró proyección de la prestación, ni se le informaron las consecuencias de cambiar de régimen, también se le dijo que en caso de no cumplir los requisitos para acceder a la pensión podía reclamar el capital ahorrado en cualquier momento; el áreas de recursos humanos de la entidad permitió el ingreso de los promotores, patrocinando de esa manera la elección de sistema pensional; no es beneficiaria del régimen de transición; solicitó la nulidad de traslado a Colpensiones, entidad que negó la petición; pidió a Colfondos S.A. una simulación de la primera mesada, cálculo que arrojó como resultado un rubro inferior al que recibiría en el régimen público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folios 89 a 104 (C.D. fl. 2 archivo 03.); aceptó la afiliación a ese fondo de pensiones y la solicitud elevada. Incoó como excepciones perentorias las de 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 del RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 121 a 138 (C.D. fl. 2 archivo 05); 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 166 a 187 (C.D. fl. 2 archivo 07); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa y la afiliación a Porvenir S.A. Como excepción previa propuso la de falta de conformación del litis consorcio necesario y de fondo las 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.

En auto del 2 de julio de 2020 (fl. 246 y 247 archivo 07. C.D. fl 2), se ordenó vincular como litis consortes necesarios por pasiva a Skandia S.A. y Protección S.A. En proveído del 6 de mayo de 2021 (C.D. fl. 2 carpeta 14) se tuvo por no contestada la demanda a Protección S.A., por extemporánea.

A su turno, Skandia, en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (C.D. fl. 2 carpeta 16); en cuanto a los hechos no los aceptó. Propuso como excepciones las denominadas cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación del RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

En audiencia del 31 de mayo de 2021, se tuvo por contestada la demanda a Skandia S.A.

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 Protección S.A. y las vinculaciones horizontales dentro del mismo régimen realizadas por la actora; condenó a Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los gastos de administración que recibieron mientras la activa estuvo afiliada a cada una de estas, su devolución

de realizarse indexada; condenó a Colfondos S.A. a retornar a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de Calderón Valbuena, junto con los rendimientos y comisiones por administración, este último concepto de manera indexada; 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 el pago de perjuicios. Condenó en costas a Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. adujo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, pues estos se causan en ambos regímenes y en todo caso se usaron para el pago de las primas de seguro previsional, y devolverlos generan un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, por tanto, debe darse lugar a las restituciones mutuas, por lo que el bien administrado causó unos rendimientos que se trasladaron a otra administradora en virtud de la elección libre y voluntaria de régimen pensional, y sobre dichas sumas recae el fenómeno de prescripción ya que no financian la pensión de vejez.

A su turno, Porvenir S.A. la recurre debido a que exigen requisitos legales que no existían a la fecha de la afiliación, desconociendo la evolución del deber legal de afiliación. Existe confesión sobre las formas y la información que suministró, además no es posible considerarla una afiliada lego debido a que es abogada. Tampoco pueden desconocerse los actos de relacionamiento con lo son las múltiples afiliaciones dentro del RAIS, ni premiarse la desidia de la accionante, pues tuvo la oportunidad de retornar al RPMPD cada vez que cambió de trabajo y aún así no lo hizo; también se desconoció el precedente fijado por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; por último, el descuento de los gastos de administración operan por ministerio de la ley y se cumplió su cometido con ellos, dado que fueron usados para amparar las contingencias a que pudiera haber lugar mientras la señora Angélica Valbuena estuvo afiliada a ese fondo privado, a más que producto de la administración se causaron frutos.

Skandia S.A. funda su inconformidad en que no es posible la devolución de gastos de administración, toda vez, que cuando se realiza un traslado entre regímenes las sumas que se transfieren corresponden a los saldos de la cuenta de ahorro individual y al fondo de garantía de pensión mínima, valores que se remitieron a Porvenir S.A. una vez que la hoy demandante, eligió aquel fondo de pensiones, de manera que no existe ningún fundamento para devolver los gastos de administración y las primas de seguro. En caso de que se confirme la sentencia, debe evaluarse la procedencia de la prescripción por esta condena, que corresponde a pagos periódicos, establecidos por ley.

Colpensiones considera que no se demostró estar frente a un vicio del consentimiento; la responsabilidad de las AFP es objetiva por lo que se le exime al demandante de la carga de la prueba, cuando en su calidad de afiliado tiene el deber de asesorarse de conformidad a las obligaciones recíprocas en virtud de la vinculación; el traslado contribuye a la descapitalización del fondo dado que la activa se beneficia de un ahorro comunitario que desfinancia el sistema; solicita se revoque la 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., Protección S.A. y Skandia S.A. presentaron alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión

A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia en tanto la señora Angélica Calderón se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003.

Por último, la parte actora pide se mantenga la decisión objeto de alzada.

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, Porvenir S.A., Skandia S.A.

y Protección 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 7 de abril de 1965 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 21 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 29 de abril de 1994 efectivo el 1° de mayo del mismo año a la AFP ING hoy Protección S.A. fl. 106 (C.D. fl. 2 archivo 03) 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 “no tenía conocimiento, ni fue informada de las consecuencias que acarrearía el traslado 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 Protección S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 29 de abril de 1994, efectivo a partir del 1º de mayo de la misma anualidad fl. 106 (C.D. fl. 2 archivo 03). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte la demandante aseguró que en 1992 a su lugar de trabajo en la Fiscalía General de la Nación, llegaron unas promotoras de la AFP Protección S.A. que reunieron a los miembros de su unidad en la secretaría común y les dijeron que debido a los ingresos podía afiliarse cotizando con el valor legal o con una suma superior que le permitiría recibir una mesada más alta y cuando lo desearan o retirar el dinero cuando quisiera, además le dijeron que le notificaban los aportes y sus rendimientos, la reunión no duró más de 10 minutos, firmó una hoja no recuerda si en blanco o no, pero le pidieron el

nombre y el número de cedula; adoptó la decisión de trasladarse debido a todos los beneficios que le plantearon; en la primera afiliación no tuvo tiempo de nada; no se pudo hacer preguntas; hasta el día del interrogatorio no conoce las diferencias entre los regímenes; cuando ingresó a laborar a la Fiscalía la afiliaron directamente al ISS; por obligación tuvo que afiliarse a Porvenir S.A. debido a que tuvo un ascenso en 2007; luego cuando la trasladaron a Bogotá una asesora llegó a la oficina y le pidió el favor de que se cambiara de nuevo; recibió extractos de Colmena hoy Protección S.A.; como en la AFP le dijeron que podía reclamar la devolución de los dineros, acudió al fondo de pensiones para que se la entregaran, pero le dijeron que eso no procedía y que no tenía la posibilidad de pensionarse antes, allí supo que debía reunir los requisitos de semanas, edad, y monto, también le elaboraron una proyección pensional que arrojó una cifra muy inferior a lo que en la actualidad devenga; cuando se afilió en el año 1992 al ISS estaba estudiando al igual que cuando se afilió a Protección S.A.; cree que estuvo afiliada a Cajanal cuando pasó de la Procuraduría a la Fiscalía; no se acercó nunca al ISS a preguntar por su situación pensional; a las únicas oficinas que acudió fue las de Colfondos S.A.; en la primera afiliación pidió que le descontaran un poco más de la cotización legal, pero no sabe si se hizo o no; no le importa el valor de la pensión, le duele el engaño y no le interesa seguir con los fondos por desleales, por eso desde el 2017, no volvió a abrir los extractos; no recuerda haber estado afiliada con Skandia S.A.; no está pensionada por invalidez.

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

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 la demandante afirmó que para la fecha del traslado era estudiante de derecho, y que desde tal época presta sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, entidad que no hace parte del sistema general de pensiones, como es bien sabido por los juristas apelantes, por lo que no es posible exigirle conocimiento expedito en la materia.

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 24 (C.D. fl. 2 carpeta 09) 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 Protección 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 24 (C.D. fl. 2 carpeta 09) 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.

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 Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado

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

que 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., Protección S.A., Skandia 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.

Por último, ante la estimación que hace el apoderado de Porvenir S.A. en cuanto a que la juzgadora se apartó del precedente de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, basta con indicar que el reglamento del máximo órgano colegiado -Acuerdo 48 del 16 de noviembre de 2016 y adición aprobada- consagró en su artículo 26 la función, delimitación y competencia de las salas de descongestión.

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.

CONDENA EN COSTAS

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

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

“(...)

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

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

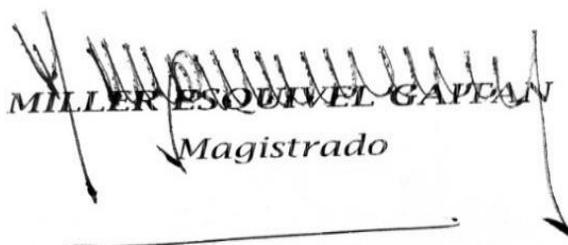
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones, AFP Protección S.A., Skandia S.A. 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 GLORIA TORCOROMA SÁNCHEZ CASTRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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 23 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero 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

Gloria Torcoroma Sánchez Castro, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Protección S.A. Colfondos S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A., para que se declare que la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. incumplió el deber de información, por tanto, el es ineficaz la vinculación a ese fondo de pensiones, así como los traslados horizontales acaecidos con posterioridad; se ordene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, semanas cotizadas y gastos de administración y a ésta última a aceptar el traslado, , lo correspondiente a extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 70 y 71 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 29 de junio de 1963 por lo que a la presentación de la demanda tenía 56 años de edad; cotizó al otrora ISS desde junio de 1991, administradora en la que permaneció hasta el 1º de junio de 1996 cuando se cambió de régimen pensional a través de Colpatria hoy Porvenir S.A.; se vinculó a Colfondos S.A. en abril de 1999, de allí pasó a ING hoy Protección S.A. fondo privado en el que estuvo hasta que se vinculó a Horizonte hoy Porvenir S.A. Nuevamente realizó traslado horizontal con destino a Skandia S.A. AFP a la que sigue afiliada; al momento de realizar el traslado del régimen pensional no le explicaron las implicaciones, ventajas y desventajas de dicho cambio; no se le informó de manera suficiente sobre las consecuencias del traslado; ha efectuado aportes a Old Mutual hoy Skandia S.A. fondo que no ha presentado queja alguna sobre el pago de estos; en la actualidad contabiliza aproximadamente 1222 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, de las cuales 196 corresponden al RPMPD; elevó derecho de petición respecto de todas las administradoras de pensiones en el año 2019

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. (C.D. fl. 101); aceptó la afiliación a ese fondo de pensiones. Incó como excepciones perentorias las 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 de consentimiento; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 101), 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 las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (C.D. fl. 101), aceptó únicamente la afiliación a esa AFP en dos oportunidades. Como excepciones de fondo propuso las enlistadas así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones (C.D. fl. 101), respecto de los hechos aceptó el natalicio de la demandante, la edad de aquella a la presentación de la demanda y la petición elevada, de los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Listó como excepciones en su defensa las 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 y la innominada o genérica.

*A su turno, Skandia, en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (C.D. fl. 133), en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la afiliación a ese fondo de pensiones, las peticiones elevadas y su respuesta, manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las denominadas prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica o innominada. Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación del RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica. **Llamó en garantía** a Mapfre Seguros Generales que propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa petendi por ausencia de objeto social no autorizado por la autoridad competente, cobro de lo no debido, 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. 105) declaró ineficaz el traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. y las vinculaciones horizontales dentro del mismo régimen realizadas por la actora; condenó a Skandia S.A. a transferir a Colpensiones todos los conceptos recibidos por cotizaciones obligatorias como voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros intereses causados sin descuento alguno; ordenó a Colpensiones a recibir los dineros y activar la afiliación sin solución de continuidad actualizando la historia laboral para ello; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la llamada en garantía; condenó a las demandadas en costas de

\$800.000 a cargo de cada una e impuso costas a favor de la llamada en garantía y a cargo de Old Mutual en suma de \$1.000.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Porvenir S.A. la recurre debido a que exigen requisitos legales que no existían a la fecha de la afiliación, desconociendo la evolución del deber legal de afiliación, que surgió a partir del año 2014, por lo que antes de esa fecha no puede exigirse documento diferente al formulario de afiliación que soporte la ilustración dada al momento de cambio de régimen, de manera que el formato de vinculación es la prueba de que la asesoría se dio; así mismo debe tenerse en cuenta el precedente de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre los actos de relacionamiento dentro del régimen pensional, como lo son los 5 traslados entre fondos del RAIS, recibiendo de ese modo asesoría verbal en más de una oportunidad, incluso contó con la oportunidad de formular inquietudes, y aún así decidió permanecer en el régimen privado.

Colpensiones considera que el operador judicial debió apartarse del criterio de la sala permanente de la CSJ, toda vez que dentro del asunto no se acreditaron vicios del consentimiento en ninguna época; aduce que aunque los fondos de pensiones aportaron las pruebas que demuestran el cumplimiento del deber de información, empero, el fallador no les dio valor, tergiversando de esa manera la carga probatoria a efectos de mantener la línea jurisprudencial dictada por el órgano de cierre, sin realizar un trabajo juicioso. Finalmente, solicita se revoque la 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. presenta alegatos en esta instancia, en los indica que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, puesto que no financian la pensión.

A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia en tanto la activa se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003, no es beneficiaria del régimen de transición. Por último, al ser la

condena producto9 de un desarrollo jurisprudencial solicita se le releve de la imposición en costas.

Por último, la parte actora pide se mantenga la decisión objeto de alzada, por cuanto el deber de información en cabeza de las administradoras no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por 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 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 58 años de edad, en tanto nació el 29 de junio de 1963 conforme se establece en los formularios de afiliación y la historia laboral (fls. 26, 27 y 38); 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 29 de abril de 1996 efectivo el 1° de junio del mismo año a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. fl. 29 (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 los alegatos.

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 “no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría tener el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual”, 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 29 de abril de 1996, efectivo a partir del 1º de junio de la misma anualidad fl. 29. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

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 abril de 1996.

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 26 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. 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 26 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, 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 extunc (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 de la demandante. En todo caso se le precisa al abogado de la AFP Porvenir S.A. que aunque en su alegato discuta la devolución de los gastos de administración a cargo de esa administradora, a la referida AFP no se le condenó en ese aspecto y en ésta instancia ni Colpensiones ni la demandante discutieron que le corresponda realizar dicha devolución.

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 Skandia 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).

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.

Por último, ante la estimación que hace el apoderado de Porvenir S.A. en cuanto a que la juzgadora se apartó del precedente de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, basta con indicar que el reglamento del máximo órgano colegiado -Acuerdo 48 del 16 de noviembre de 2016 y adición aprobada- consagró en su artículo 26 la función, delimitación y competencia de las salas de descongestión.

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.

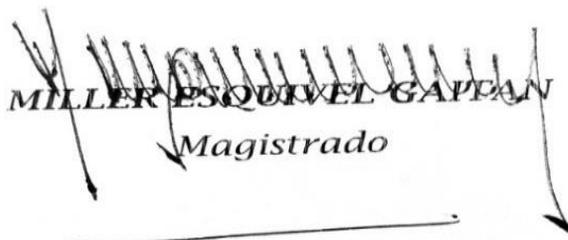
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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 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 DORIS ALICIA PRIETO TORRES CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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.*

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra
la sentencia del 21 de mayo de 2021, proferida 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

*Doris Alicia Prieto Torres, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la
Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene
al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes bajo los preceptos del
Acuerdo 049 de 1990, en calidad de cónyuge supérstite y con ocasión del*

fallecimiento del afiliado Luis Alfredo León Almonacid, a partir del 5 de mayo de 2013, junto con al retroactivo, y, las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 6 y 44 del expediente, en los que en síntesis indica que: Luis Alfredo León Almonacid nació el 3 de abril de 1955 y falleció el 5 de mayo de 2013; el causante en vida cotizó 742 semanas antes de 1994 a la administradora del RPMPD, sin que para fecha del deceso se encontrara pensionado; contrajo nupcias con el entonces afiliado el 20 de noviembre de 1980, conviviendo de manera ininterrumpida sin que mediara separación alguna, por lo que acudió a Colpensiones a solicitar la pensión de sobrevivientes la cual se negó inicialmente por medio de la Resolución GNR 43030 del 18 de 2014; acto administrativo que fue posteriormente fue confirmado a través de las resoluciones GNR 198763 del 3 de julio de 2015 y VPB 6590 del 9 de febrero de 2016, debido a que el óbito no contaba con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 48 a 55); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la a las fechas de natalicio y deceso del afiliado, la reclamación del derecho prestacional y la expedición de los diferentes actos administrativos que la negaron; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 170) en la que condenó a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 5 de mayo de 2013, en cuantía de un SMLMV, por trece mesadas; al pago del retroactivo pensional causado entre el 17 de mayo de 2015 y el 31 de mayo de 2021 en suma de \$60.884.456, la indexación de

aquel; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción e impuso costas a cargo de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre para que se revoque en su totalidad, ya que le precedente constitucional tiene efectos inter partes, sin que modifiquen los preceptos establecidos por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral en materia de condición más beneficiosa, por lo que, no es válido hacer un recorrido normativo buscando con cuál norma se puede reconocer la prestación a la solicitante, ya que la condición más beneficiosa solo se puede aplicar la normatividad anterior al fallecimiento del causante en este caso la ley 797 del 2003, puesto que el fallecimiento ocurrió en el año 2013, por lo que en virtud de la condición más beneficiosa debió aplicarse la ley 100 de 1993 y no el acuerdo 049 de 1990. Ahora, en caso de que el tribunal avale la jurisprudencia constitucional, debe tenerse en cuenta que la actora no cumple las condiciones para acceder a la prestación en esos términos, toda vez, que no se encuentra plenamente demostrado que Prieto Torres pertenezca a un grupo de especial protección en tanto no es madre cabeza de hogar, en consideración a que tiene 3 hijas mayores de edad y no tiene personas a cargo, en cuanto a la segunda condición no se afecta la vida en condiciones dignas pues cuenta con un inmueble y con personas que se pueden ocupar de la, como lo son las hijas mayores.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante allegó alegatos en los que solicitó mantener la decisión objeto de alzada, en virtud de la línea establecida por la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de Colpensiones y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de reparo alguno la calidad de asegurado que ostentaba el señor Luis Alfredo León Almonacid, de lo que además dan cuenta las Resoluciones GNR 312235 del 13 de octubre, GNR 198763 de 3 de julio de 2015 y VPB 6590 del 9 de febrero de 2016; (fls. 20 a 32), así como el reporte de semanas cotizadas que milita en los folios 33 y 34. De igual manera se encuentra demostrada la condición de cónyuges de la demandante y el antes citado con el registro civil de matrimonio (fl 36); así como el fallecimiento del señor León Almonacid con el registro civil de defunción (fl. 35).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Pues bien, para resolver el objeto de la alzada, precisa la Sala el querer de la recurrente es que se le reconozca la pensión de sobrevivientes dada la condición más beneficiosa, por cumplir los presupuestos de la norma anterior a la expedición de la Ley 797 de 2003, esto es haber cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento del señor León Almonacid.

Así las cosas, en lo que hace al referido principio, debe resaltarse que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo el haber cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso del causante, cuestión que no se satisface en el caso de marras ya que cuenta con 0 semanas. No obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Así, que si no se cumple con los requisitos

vigentes al momento del deceso (ley 797 de 2003), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es la ley 100 de 1993, texto original, el cual exigía haber cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, como lo advirtió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia del 15 de marzo de 2011, radicación 42021; situación que tampoco se acredita en el sub examine dado que entre el 5 de mayo de 2012 y el 5 de mayo de 2013 el causante cotizó 0 semanas.

Además de lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1938-2020 proferida el 10 de junio de 2020, con radicación 70924, acogió un nuevo criterio sobre la condición más beneficiosa la cual sólo puede ser analizada bajo los parámetros allí definidos. De modo que como el señor León Almonacid falleció el 5 de mayo de 2013 (registro civil de defunción, fl. 35), corresponde su estudio bajo la nueva línea de pensamiento del órgano de cierre en materia laboral y de seguridad social, así lo señaló:

“El principio de condición más beneficiosa

Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.

Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 -mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.

En efecto, el citado precepto establece que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores», esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.

A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cubre incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo, que si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultraactivamente.

En el caso de la pensión de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador -la muerte-, ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la

vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, esta Sala en sentencia CSJ SL 7964, 4 dic. 1995, indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido».

De ahí que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

1. Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del mismo, no tendría sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorio todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.
2. Si los regímenes de transición siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.
3. Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplía e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración.”.

Por los anteriores argumentos, es del caso revocar la decisión condenatoria de primer grado; no sin antes precisar, con respecto a la aplicación del criterio

expuesto por la Corte Constitucional, que una de las finalidades de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en sus distintas especialidades, es la unificación de la jurisprudencia nacional y con ello mantener un valor esencial de la sociedad, cual es la seguridad jurídica. De igual forma, lo expresó en la sentencia C-539 de 2011, oportunidad en la que declaró exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, bajo el argumento de que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general. Lo cual no conlleva necesariamente a que en todos los casos los jueces deban acogerse al precedente judicial. Existen ciertos eventos en los que la autoridad puede desligarse del mismo, siempre que argumente de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede de ese modo.

Ese Tribunal explicó que el apartamiento judicial del precedente es la potestad de los jueces de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional¹. Para que sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella.

Sobre el particular expuso:

“La fuerza vinculante del precedente constitucional

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, y que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha precisado que su precedente tiene fuerza vinculante, puesto que no existe duda que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima (C-539-2011).

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y

¹ Sentencia T-309 de 2015, reiterada en sentencia SU-354 de 2017

alcance de la normativa superior, y el precedente en vigor, esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

El primero tiene una fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad-, respecto de la sentencia de tutela T-953-2014 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-05-2018, de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúne el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

Igualmente, asentó que es procedente la acción de tutela para reclamar la pensión de sobrevivientes cuando se cumplan con las siguientes condiciones del test de procedencia: (i) pertenecer a un grupo de especial de protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento; (ii) tener afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas, esto es, su mínimo vital; (iii) depender económicamente del causante antes de su fallecimiento, de modo que la pensión de sobrevivientes constituye el ingreso; (iv) al afiliado no le fue posible seguir cotizando las semanas previstas en el sistema general de pensiones para dejar causada la pensión de sobrevivientes, y (v) la persona reclamante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de tal prestación.

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales. ².

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

² Sentencia SL1938-2020 proferida el 10 de junio de 2020, con radicación 70924.

D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia apelada y consultada para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Segundo.- Sin costas en las instancias.

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 RAFAEL ENRIQUE ESCORCIA BOVEA 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 veintinueve (29) días de octubre 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Rafael Enrique Escorcía Bovea, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare ineficaz la vinculación a Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a la AFP a retornar a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración, así como cualquier otro ingreso con ocasión a la afiliación, y a esta última a convalidar los dineros; de igual manera, se condene a Porvenir S.A. a los perjuicios morales causados; y a las demandadas a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 3 a 5 del expediente digital archivo 001 C.D. de folio 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 24 de octubre de 1957, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 61 años de edad y a 1º de abril de 1994 36 años de edad; el 1º de octubre de 1999 se trasladó a Porvenir S.A. ante la omisión de información transparente, cierta, suficiente y oportuna, aunado a que se le manifestó que percibiría una mesada pensional mayor a la que recibiría en el RPMPD; el actuar del fondo de pensiones deriva en una ineficacia de la afiliación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones fls.115 a119 (C.D. de folio 2 archivo 001.), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la edad del demandante al 1º de abril de 1994; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, validez de la afiliación en el RAIS, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dentro del término legal dio contestación fls. 154 a 164 (C.D. de folio 2 archivo 001.), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, dijo ser ciertos los hechos correspondientes al natalicio del demandante, la edad de aquel al 1º de abril de 1994 y la afiliación a ese fondo de pensiones. Propuso las excepciones perentorias que enlistó como prescripción de la acción de nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de la AFP, cobro de lo no debido, de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), en la que declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones el dinero de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y frutos, y a ésta última a recibirlos y actualizar la historia laboral e impuso costas a cargo de la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Colpensiones la recurre por considerar que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; adicionalmente, dentro del asunto no se acreditó ningún vicio del consentimiento, que conlleve a la nulidad del acto de afiliación, a más que no se probó la falta de información aducida por el demandante, pues era a éste último al que le incumbía la carga probatoria pero no la suplió y fue por su propia negligencia que permaneció en el RAIS por más de 15 años; recibir como afiliado a Escorcía Bovea descapitaliza el RPMPD, ya que lo que busca es percibir una pensión superior a la que obtendría en el RAIS.

Porvenir S.A. estima que no debe darse total credibilidad al demandante cuando aquel leyó durante toda su intervención y dijo que la asesoría brindada por el asesor duró 10 minutos, indicando de manera clara la hora en que ocurrió la información, pero no recordaba los puntos de la afiliación, tampoco se valoraron las publicaciones realizadas en los medios de comunicación en la que se informó que tenía la posibilidad de retornar al RPMPD; además el demandante incurre en falsedad cuando dice que en caso de su deceso los dineros de su cuenta no devolverían; no se prueba que Porvenir S.A. le ofreciera una mayor pensión al momento de la afiliación; el fondo de pensiones remite los extractos pensionales y el actor los recibía con toda la información adicional de conformidad a la autorización adicional que dio para ello en el año 2009.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones 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 el actor 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 el demandante cuenta con 64 años de edad, debido a que nació el 24 de octubre de 1957, conforme se establece con el formulario de afiliación (C.D. fl. 2 archivo 001.); 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 11 de agosto de 1999, con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (C.D. fl. 3 archivo 001. fl. 177) 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 atrás esgrimidos.

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 1º de octubre de 1999, sin que mediara información cierta alguna o consentimiento informado, fue trasladado del régimen público administrado por Colpensiones al Fondo de Pensiones y Censantía Porvenir S.A.", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335,

se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 11 de agosto de 1999, con efectividad desde el 1° de octubre de la misma anualidad (C.D. fl. 2 archivo 001.). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que el traslado al fondo de pensiones ocurrió el 1° de octubre de 1999, más o menos a las 10:15 de la mañana, cuando se encontraba laborando con cuatro mujeres y un hombre, y en un cubículo las asesoras los iban llamando a entrevistarlos de 10 a 15

minutos, de pie frente a los escritorios en los que los promotores estaban sentados; les dijeron que se pensionarían a menor edad y con una cuantía superior, además de que el ISS se iba a acabar; después de la afiliación no les hicieron más visitas ni le dieron más afiliación, y debido a lo que le dijo la asesora se afilió a la AFP; con el paso de los años supo que Colpensiones no iba a desaparecer; no recuerda haber recibido una información diferente a la que ya señaló; no realizó actualización de datos ni ha recibido contraseña o información alguna; sabe que con Colpensiones se pensiona con 1300 semanas y 62 años; no sabe el motivo por el cual la pensión en Porvenir S.A. es levemente superior al SMLMV. Cree que en caso de que fallezca en el RAIS cree que los dineros aportados no serán reembolsados a sus herederos. Una vez viviendo en Barranquilla fue a la oficina de Porvenir S.A. a averiguar sobre las cesantías y allí le dijeron que podía consultar lo referente a su pensión con una clave; para el año 2009 vivía en Cartagena.

Sea lo primero advertir que la apoderada de Porvenir S.A. dentro de la oportunidad en la que se evacuó el interrogatorio no hizo inferencia alguna respecto de que el demandante se encontraba leyendo, para que el juez, en caso de ser necesario tomara los correctivos, pese a ello, el director del proceso quien fue bastante activo mientras se practicaba la prueba, no hizo alusión alguna a un comportamiento indebido del demandante. Y si bien es cierto, no es del todo espontánea la declaración, no menos cierto es, que la habilidad de quien interroga a efectos de conseguir la confesión es la que devela la verdad, sin que el presente asunto el señor Escorcía Bovea en su intervención confesara una situación que le resultara desfavorable.

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

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el fl 178 (Cd. fl 2 archivo 001.) y la ausencia de tachas 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. 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 fl 178 (Cd. fl 2 archivo 001.) 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, contrario a lo aducido por el recurrente, 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, 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

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.

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 el demandante, y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del 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 Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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.

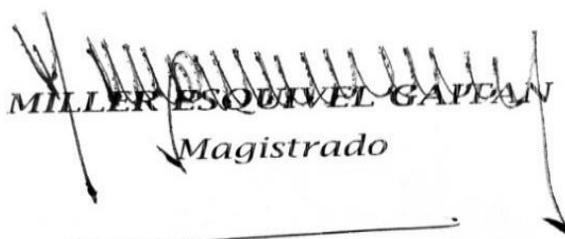
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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, DC.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAÚL URIBE GÓMEZ CONTRA ANTEK S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el proceso de la referencia, el Magistrado Sustanciado la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la sala tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Raúl Uribe Gómez, actuando por conducto de apoderada judicial, demandó a Antek S.A.S. en Liquidación Judicial, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 19 de noviembre de 2008 al 30 de septiembre de 2016. En consecuencia, se condene a demandada al pago de los salarios y “beneficios” causados del 1º de abril al 30 de septiembre de 2016, las cesantías proporcionales y las primas de servicios para esa anualidad, así como el auxilio de cesantías del año 2015 junto con sus intereses, las vacaciones compensadas en dinero para las causadas entre el 1º de octubre de 2014 y el 30 de

septiembre de 2016, los aportes en pensión sobre el salario real a partir del 1º de mayo de 2016, las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho. **Subsidiariamente** la indexación de las condenas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 38 y 39, en los que en síntesis indicó que: se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 19 de noviembre de 2018, el cual se renovó de manera automática; el 1º de octubre de 201 las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido; como remuneración percibía un salario básico de \$750.000, un bono mensual de \$310.000 constitutivo de salario desde el 1º de septiembre de 2012, viático por día de permanencia en el campo de \$22.050, de manera que el salario promedio del último año devengado fue de \$1.900.000, desempeñando el cargo de profesional de campo, en horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, empero, los días que se encontraba en campo prestaba servicios también los sábados, domingos y festivos, sin que se remuneraran las horas extras; la sociedad cesó los pagos de salarios desde el 1º de abril de 2016, aportes al sistema general de seguridad social a partir del 1º de mayo de 2016, las vacaciones causadas del 1º de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2016, la prima de servicios del primer semestre del 2016 y la proporcional al segundo período de la misma calenda, las cesantías del año 2016, los intereses de las cesantías de los años 2015 y 2016, por lo que renunció de manera motivada el 30 de septiembre de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Antek S.A.S. en Liquidación Judicial en forma legal y en término, en escrito incorporado a folios 55 a 64, en que se opuso a las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral, sus extremos y modalidades, el salario básico de \$750.000, la ausencia de pago de salarios a partir del 1º de abril de 2016 y la renuncia motivada del trabajador, respecto de los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó Propuso las excepciones de buena fe, improcedencia de la obligación, por reconocimiento de la misma dentro del proceso concursal que se surte ante la Superintendencia de Sociedades bajo el expediente No. 66856 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 (C.D. fl. 161), en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 19 de noviembre de 2008 y hasta el 30 de septiembre del 2016; condenó a la demandada a cancelar i) \$8.880.000 por concepto de salarios adeudados de abril a septiembre de 2016, ii) \$5.064.793 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, iii) intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la superintendencia financiera sobre los saldos de salarios y prestaciones sociales a partir del 1º de octubre de 2018 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago; iv) \$10.305.945 a título de sanción por no consignación de las cesantías del año 2015 al fondo de cesantías en el que se encontraba afiliado el actor; a realizar los aportes de seguridad social en pensiones entre julio y septiembre de 2016, teniendo como salario mensual básico la suma de \$1.600.000, al fondo al cual se encuentra afiliado el demandante; impuso costas en suma \$500.000 a cargo de la enjuiciada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre en cuanto a los intereses derivados de la indemnización del artículo 65 del CST, a partir del 1º de octubre de 2018 hasta que se paguen los salarios y prestaciones adeudadas, sin que se tuviera en cuenta la sociedad entró en liquidación desde el 5 de febrero de 2018 mediante auto 400001664 de la Superintendencia de Sociedades, de manera que al encontrarse en liquidación no es la condena al pago de los intereses moratorios, ya que, al momento en que la empresa entró en liquidación, la sociedad no puede efectuar ningún pago, debido a que existe una fuerza mayor que impide al empleador pagar cualquier deuda, ello, por ministerio de la ley, puesto que las acreencias se cubrirán de acuerdo al orden legal de pagos establecido en la liquidación, por lo que a partir de la apertura de la liquidación no se causa ningún interés.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada allegó escrito que referencia como "sustentación recurso de apelación", al punto, basta indicar que la sustentación del recurso de apelación se realiza ante el Juez que lo confiere

El extremo accionante solicita se requiera a la Superintendencia de Sociedades, en este sentido, se le recuerda a la apoderada de la actora que en esta instancia se conocen las inconformidades contra la sentencia de primera instancia, por lo que no es deber de la Sala realizar requerimientos..

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 recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 19 de noviembre de 2008 al 30 de septiembre del 2016, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de profesional de campo, con una remuneración equivalente promedio dentro del último año de servicios de \$1.600.000; supuestos fácticos establecidos por el a quo sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que su actuación estuvo revestida de buena fe y, por tanto, no hay lugar a imponer condena al pago la sanción moratoria. Pues bien, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con

argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

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

Pues bien, alega la parte recurrente que no pagó las prestaciones laborales a la terminación del vínculo laboral, toda vez que atravesaba por una crisis económica y financiera que le impidió cumplir con sus obligaciones, situación que posteriormente dio lugar a la apertura de un proceso de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades. Circunstancia que no prueba la buena fe en el actuar del empleador, que lleve a la exoneración de la sanción en estudio, toda vez que ello es un riesgo que debe asumir el empleador y no el trabajador, puesto que el trabajador no asume las consecuencias de los riesgos o pérdidas del empleador (art. 28 del CST). Al efecto, vale la pena traer a cuento lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012,

radicado No. 37288 en la que recordó que:

“...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)”

Así, como el extremo demandado no canceló los salarios y prestaciones sociales derivados del contrato de trabajo que se dio entre ellos a la terminación del contrato de trabajo, en total contravención de las normas del trabajo que regulan dicho vínculo contractual (arts. 59, 149 y 340 del CST), siendo clara su intención de evadir las obligaciones que le correspondían como empleadora, lo que no es indicativo de buena fe, por manera que no hay lugar a exonerarla de los intereses moratorios a partir del 1º de octubre de 2018, sobre los salarios y prestaciones sociales objeto de condena, máxime cuando el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre del 2016 y la empresa entró en liquidación desde el 27 de marzo de 2018, sin demostrar antes de esa fecha la intención de cumplir con las obligaciones adquiridas con el ex trabajador.

Finalmente, y en lo atinente a que la moratoria no debe correr más allá de la fecha en que la empresa entró en liquidación, basta con señalar, que el que no pueda disponer en esa etapa de los activos para el pago de la obligación en ninguna medida, la exime soportar las condenas impuestas en la sentencia judicial, pues los créditos son susceptibles de ser incorporados en la cuenta final elaborada por el liquidador. Colorario de lo anterior se confirmará el proveído objeto de alzada.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar en lo demás la decisión recurrida.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de 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 MARTHA HELENA BELTRÁN GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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. 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. Cindy Juliteh Villa Navarro quien se identifica con la C.C. No 1.129.580.577 y la T. P. No. 219.992 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.

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No. 184.941 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintiuno 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

Martha Helena Beltrán González mediante apoderada judicial demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de la vinculación al RAIS al RPMPD, en consecuencia, se condene al fondo de pensiones a retornar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los costos y gastos administrativos descontados, y a esta última a recibir la afiliación y los rubros ordenados. De igual manera, solicite se condene a lo ultra y extra petita, y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6 (archivo 04. CD. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: ha prestado sus servicios a varias empresas privadas y entidades públicas; estuvo afiliada al RPMPD y de allí pasó al RAIS, a través de Porvenir S.A., fondo de pensiones que contrató asesores comerciales que no tenían conocimiento amplio en temas de seguridad social, por lo que le indujeron de manera equivocada a vincularse al fondo privado, luego de que se le asegurara que el traslado no acarrearía la pérdida de los beneficios pensionales del RPMPD; nunca le indicaron los eventuales riesgos del régimen pensional, ni le suministraron información consistente, veraz y objetivamente verificable, tampoco se elaboró simulación o comparación del valor de la mesada pensional; aunado a ello el formulario de afiliación no cuenta con su firma ni la rúbrica del empleador, ni indica de qué administradora de pensiones provenía, por lo que no manifestó su voluntad de trasladarse; el otrora ISS no desvirtuó las

afirmaciones de la AFP, solicitó a las demandadas el retorno al régimen público, pero estas negaron las peticiones.

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 08. CD. fl. 2); la afiliación al RPMPD, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y su respuesta. Como medios de defensa propuso las que denominó 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.

Porvenir S.A. se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda (archivo 06. CD. fl. 2), en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP, que el formulario de afiliación no contaba con firma del empleador, la solicitud elevada y la respuesta Propuso las excepciones de fondo 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 (archivo 17. C.D. fl. 2) en el cual, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS, efectuado el 19 de diciembre de 1996, a Porvenir S.A.; fondo al que condenó a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, bonos pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo

a sus propios recursos, sin deducción alguna y a ésta última a activar la afiliación y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuesta y condenó en costas a la AFP en suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la apoderada de: Colpensiones la recurre para que se absuelva a la entidad de todas las pretensiones teniendo en cuenta que se causa un desequilibrio pensional, poniendo en riesgo las pensiones de las personas que siempre han cotizado; aunado a que el deber de información se materializó a partir del año 2014; la activa no cuenta con régimen de transición para retornar al RPMPD.

Porvenir S.A. aduce que no puede aplicarse el precedente de manera homogénea ya que el deber de buen consejo existe desde el año 2010, sin que sea factible la aplicación retroactiva de la ley por tanto no puede exigirse para la data en que se trasladó la activa, pues para esa época se afilió de manera libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, aprobado por la Superintendencia Financiera; tampoco medio coacción alguna para el cambio de régimen, incluso tuvo la posibilidad para retornar la RPMPD, pero decidió permanecer en el RAIS por más de 20 años, tiempo en el que recibió la información necesaria en los extractos que se le suministraron; discrepa de la orden de devolver los gastos de administración, pues al ordenar su devolución, se hace sobre rubros que ya no se encuentran en su poder y que no se causan dentro del régimen público.

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 los que adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; la declaración injustificada de nulidad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones en los alegatos hizo referencia a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 34 archivo 01 C.D. fl. 2); 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 19 de diciembre de 1996 efectivo a partir del 1° de febrero de 1997 a la AFP Porvenir S.A.. (fl. 98 archivo 06 C.D. fl. 2) 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 atrás esgrimidos.

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 vendedores o asesores contratados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., nunca le indicaron (...) los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse 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 distinguos 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 19 de diciembre de 1996 efectivo a partir del 1º de febrero de 1997 (fl. 98 archivo 06 C.D. fl. 2). 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 diciembre de 1996. 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 98 (archivo 06 C.D. fl. 2) 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 realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de

la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 98 (archivo 06 C.D. fl. 2) 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, y no desde el 2010, como aduce AFP, 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, 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 las 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

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.

argumentos de la 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 se vea el desequilibrio pensional a que alude Colpensiones, en qué forma o cómo se presenta, es una simple manifestación carente de respaldo argumentativo.

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.

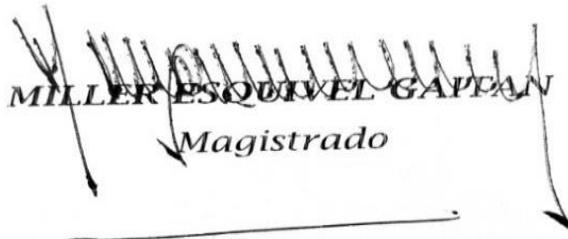
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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 GLORIA YORI PARRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, contra la sentencia del 9 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta a favor de Colpensiones.

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

Gloria Yori Parra, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, y Colfondos S.A., para que se declare: la nulidad del traslado al RAIS por medio de Colfondos S.A.; en consecuencia, se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de los rubros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos e intereses y a ésta última a activar la afiliación; así mismo pide que se condene a las demandadas lo ultra y

*extra petita y al pago de costas del proceso y agencias en derecho. De manera **subsidiaria** solicita se declare la ineficacia del traslado*

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 6 a 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 25 de enero de 1962; empezó a cotizar al otrora ISS el 6 de abril de 1987, cotizando un total de 367 semanas hasta el 1° de marzo de 1998; en febrero del año 1998 un asesor de la AFP Colfondos S.A. la persuadió para cambiar de régimen pensional debido a que le era más favorable, sin embargo, no se le manifestó: las implicaciones del traslado, la naturaleza del fondo de capitalización, las desventajas y riesgos del RAIS, los escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes, los beneficios de permanecer en el RPMPD, el capital a ahorrar para acceder a la prestación pensional, omitiendo de esa manera información relevante para elegir régimen pensional; desde el cambio de régimen ha cotizado al fondo de pensiones, AFP que no le dio una proyección pensional; en julio de 2018 solicitó la proyección pensional, a lo que Colfondos S.A. le indicó que no reunía los requisitos para pensionarse, por lo que solicitó al fondo privado la nulidad de la afiliación y a la administradora pública la activación de la vinculación; las demandas no accedieron a lo peticionado; a través de un análisis actuarial conoció que la mesada pensional a recibir sería más favorable en el RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 155 a 173 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes al nacimiento de la actora, que inició realizando cotizaciones al ISS, las semanas cotizadas, el traslado al RAIS y la reclamación administrativa efectuada. Como medios de defensa 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.

Por su parte, Colfondos S.A., dio contestación a la demanda, mediante escrito obrante a folios 133 a 152 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos indicó que son ciertos los relativos al natalicio de la demandante, la afiliación a esa AFP, la solicitud pensional y la respuesta expedida; sobre los restantes manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

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. 227) a través de la cual que declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPMPD por medio de la AFP Colfondos S.A., por tanto, condenó al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía mínima, y a esta última a recibir dichos dineros teniendo como afiliada a la demandante, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo del fondo de pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre debido a que la actora se encontraba inmersa en la prohibición contenida en la ley 797 de 2003; aunado a ello, dentro del plenario no se demostró existencia alguna de vicios de consentimiento, incluso en el interrogatorio de la actora señaló que no medio coerción en el acto de traslado; la demandante no debió sustraerse de su deber de concurrir suficientemente ilustrada a escoger el régimen pensional; la demandante era economista al momento del traslado por tanto

no es afiliado lego; recibir a la actora implica un desequilibrio financiero para el sistema.

A su vez, Colfondos S.A., aduce a que no hay lugar a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, ya que siempre ha actuado de conformidad a la ley, de manera que es esta la que faculta a las administradoras de pensiones a cobrar por el manejo de los aportes, así que si esa comisión no debió ser descontada tampoco debieron existir rendimientos, por tanto al devolver, se ocasiona un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por lo que debe proceder a revocar tal condena

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

Atendiendo lo previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones, en la apelación a lo referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con más de 59 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 25 de enero de 1962, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 22), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. el 1° de abril de 1998 (fl. 70), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se

cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, 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 Colfondos S.A. el 1º de abril de 1998 (fl 70), 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 Colfondos 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

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.

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 Colfondos 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 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).

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

Notifíquese y Cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ARTURO ANDRÉS RICARDO VILLANEDA JIMÉNEZ 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 veintinueve (29) días de octubre 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. 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 del poder conferido.

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. 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 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

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno 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

Arturo Andrés Ricardo Villaneda Jiménez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación al fondo privado a causa de la ausencia de información al momento del traslado de régimen pensional. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los frutos, intereses, gastos de administración y seguros, y a ésta última a aceptar y recibir el traslado de aportes, activar la afiliación y reconocer lapensión de vejez. De igual manera los derechos extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 y 2 (C.D. fl. 1 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de julio de 1958 por lo que a la presentación de la demanda contaba con 62 años de edad; cotizó al RPMPD por medio de sus empleadores; se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. en el año 2003, AFP en la que permanece; el fondo privado solo le informó las ventajas, como la posibilidad de pensionarse con una mesada superior sin que se le dijera cómo acceder a ella, ni que el monto dependía del saldo en la cuenta de ahorro individual, pero no explicó en detalle cómo estaban diseñados cada uno de los regímenes pensionales; de manera que el fondo de pensiones incumplió con el deber de información, a más, que no ilustró sobre las incidencias negativas del régimen privado; en el año 2020 petitionó a Porvenir SA una proyección y de manera verbal se le manifestó que sería inferior a la del RPMPD; agoto reclamación ante Colpensiones el 9 de diciembre de 2020.

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 (C.D. fl. 1 archivo 06); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento del actor y la afiliación a Porvenir S.A. Propuso como excepciones perentorias las de 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.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 1 archivo 09); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del actor, su afiliación al ISS y la reclamación; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

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 17) declaró ineficaz el traslado al RAIS; condenó a Porvenir S.A. a trasladar Colpensiones la totalidad de sumas de dinero recibidas por concepto de aportes junto con los rendimientos e intereses y demás frutos civiles sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración cuotas de o seguros entre otros; condenó a Colpensiones a recibir la afiliación como si el demandante nunca se hubiere trasladado de régimen; absolvió Colpensiones de las demás pretensiones incoadas por el demandante. Condenó en costas a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Colpensiones la recurre, por considerar que

al demandante no existe el derecho a retornar al RPMPD por encontrarse inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; de igual manera se tiene que con la permanencia en el RAIS, ratificó la voluntad de permanecer a ese régimen; aunado a lo anterior es claro que la motivación para retornar a Colpensiones es económica.

A su vez, Porvenir S.A. adujo que el demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen; Porvenir S.A. ha cumplido a cabalidad con todas las obligaciones que le correspondía en materia de información establecido en las normas vigentes para el año 2000, como lo fue la ilustración veraz y suficiente de manera verbal para comprender las consecuencias del traslado del régimen pensional que estaba realizando; para la fecha de la vinculación no exigía que se documentará la información brindada pues simplemente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación; el deber de información no debe entenderse de manera unilateral el demandante también estaba en la obligación de informarse sobre sus condiciones pensionales y más cuando nos encontramos frente a una persona que goza de plena capacidad en los términos del artículo 1502 del Código Civil y que por disposición legal la libertad de elección de régimen pensional está en cabeza del afiliado y se eligió hace más de 20 años; en cuanto a los gastos de administración, al declarar ineficaz la afiliación se entiende que nunca se administraron los aportes del demandante, por lo tanto, nunca nacieron a la vida jurídica los rendimientos que se están obligando a devolver; ahora esos gastos de administración ya fueron invertidos para generar los rendimientos con ocasión a la correcta administración; a más que obran por ministerio de la ley, por lo que en el régimen de prima media también existen estos gastos de administración.

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 reiterará los motivos por los cuales recurre la decisión

A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia en tanto el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003 y no es beneficiario del régimen de 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 el demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 28 de julio de 1958 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 2 C.D. fl. 1 archivo 02); 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 29 de febrero del 2000 efectivo el 1° de abril del mismo año a la Porvenir S.A. fl. 44 (C.D. fl. 1 archivo 06) 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 “no fue asesorado por Porvenir SA administradora de pensiones que solo le informó q el régimen de ahorro individual con tenía varias ventajas”, 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 29 de febrero del 2000, efectivo a partir del 1º de abril de la misma anualidad fl. 44 (C.D. fl. 1 archivo 06). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es docente de la cátedra de mecánica automotriz; dijo que se trasladó a Porvenir S.A. en el año 2000, cuando la asesora del fondo de pensiones acudió a su lugar de trabajo y le

dijo que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que se habían creado unos fondos con las mismas características del otrora ISS; inicialmente fue abordado en el corredor y luego en su puesto de trabajo; no le hizo preguntas debido a que era algo nuevo por lo que se limitó a escuchar y tuvo en cuenta lo que le estaban diciendo; no medio presión por parte del promotor, los compañeros de trabajo o superiores; de un tiempo para acá recibe extractos donde verifica que el empleador realice los aportes; no ha realizado aportes voluntarios; llamó a la AFP cuando ya se estaba próximo a cumplir el tiempo de pensión y con sorpresa encontró que lo máximo que le podían pagar era un salario mínimo; considera que debería tener una pensión digna y no un salario mínimo, por eso desea retornar al RPMPD; sólo se acercó a la administradora de régimen público en el año 2020; cuando estaba en el Seguro Social comencé a hacer los aportes a pensión y allá le dijeron que lo importante eran los aportes de los últimos 10 años y desde esa época lo ha tenido en cuenta; se afilió de manera libre y voluntaria; no leyó el formulario, sólo recuerda haber llenado los datos que pedía la forma; cuando se trasladó le dijeron que el fondo de pensiones era igual que el Seguro Social y que se pensionaría de manera anticipada.

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación 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 febrero 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 90 (C.D. fl. 1 archivo 06) 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 realizó en forma libre coma espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio folio 90 (C.D. fl. 1 archivo 06) 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.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativas a que el 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 extunc (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

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.

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).

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 JAIRO GRISALES SÁNCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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. 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
1.105.681.100 y la T. P. No. 255.514 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 11 de
mayo de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de
Bogotá dentro del proceso de la referencia.*

ANTECEDENTES

DEMANDA

Jairo Grisales Sánchez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento del incremento pensional del 14% por su compañera permanente cargo desde el 1º de octubre de 2008, y, en consecuencia, el pago de la indexación de las sumas adeudada, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: mediante resolución No. 047336 del 2008, el ISS reconoció la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; acto administrativo en el que se reconoció el incremento pensional, pese a que ha convivido de manera ininterrumpida con Bertha Edelmira Villalobos Sánchez, compartiendo lecho, techo y mesa durante 44 años, aunado a que la compañera depende económicamente de él; debido a ello, elevó reclamación el 20 de junio de 2018, la cual se resolvió de manera negativa a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 28 a 30 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez a través de la resolución No. GNR117807 de 02 de abril de 2014 y la reclamación; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

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

referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2), en la que negó la totalidad de las pretensiones y se abstuvo de imponer costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones pidió se conforme la decisión de primer grado, debido a que la norma que consagra el incremento deprecado, fue derogada.

CONSIDERACIONES

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

CALIDAD DE PENSIONADO DEL ACTOR

No es objeto de debate la condición de pensionado por vejez que ostenta el demandante, la cual fue adquirida mediante Resolución No. 047336 del 29 de septiembre de 2008, en la que el ISS hoy Colpensiones le reconoció el derecho prestacional a partir del 1º de octubre del mismo año, en cuantía inicial de \$461.500,00 conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, reconociéndolo beneficiario del régimen de transición, lo cual fue aceptado por la encartada y se corrobora con el documento de folio 18 (archivo 001. C.D. fl. 2).

INCREMENTO PENSIONAL - VIGENCIA

Al momento de reconocimiento de la pensión de vejez al actor estaba vigente la Ley 100 de 1993, que no contempla los incrementos pensionales por persona a cargo, y en el artículo 289 se derogan todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien el promotor fue beneficiario del régimen de transición consagrado en dicho estatuto, por lo que la pensión se le concedió conforme a lo regulado en el acuerdo 049 de 1990, esto no significa que los incrementos por

persona a cargo tengan viabilidad, ya que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solamente se aplica en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) respecto del régimen anterior “las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”, precisando que la norma reguladora es el mentado artículo 36, el que se debe utilizar íntegramente conforme al principio de inescindibilidad mas no el régimen anterior, porque es aquel el que permite el empleo de la regulación pasada en los términos ya referidos. De ahí, que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, bajo el acuerdo 049 de 1990, no tienen derecho a los incrementos por persona a cargo.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, dilucidó las discrepancias de algunas salas de revisión sobre el punto, y concluyó que:

“...salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (sic) desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015...”

Con lo que se busca asegurar la unidad de interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico en condiciones de igualdad y para mantener la seguridad jurídica, valor trascendental en vida en sociedad. Tampoco es pertinente acoger el principio de favorabilidad, para decidir la controversia planteada, dado que no existen dos normas que consagren el derecho a los incrementos pensionales o duda sobre cuál se debe aplicar (Art. 21 CST), es únicamente el mentado artículo 36, por lo que, en los aspectos no vislumbrados, se entiende derogados, como ya de puntualizó.

Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida al actor tiene como fecha de causación el 1º de octubre de 2008, a través de la Resolución No047336 del 29 de septiembre de 2008, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (fl. 18, archivo 001. C.D. fl. 2), es patente que el accionante no tiene derecho a los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no se encontraban vigentes para la fecha en que causó la pensión de vejez, siendo del caso la confirmación de la sentencia consultada.

Exp. No. 011 2018 00500 01

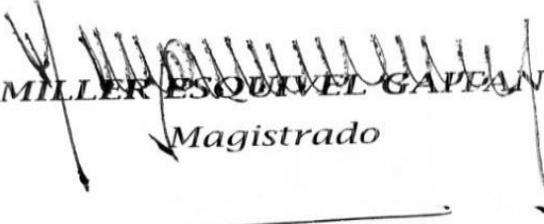
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

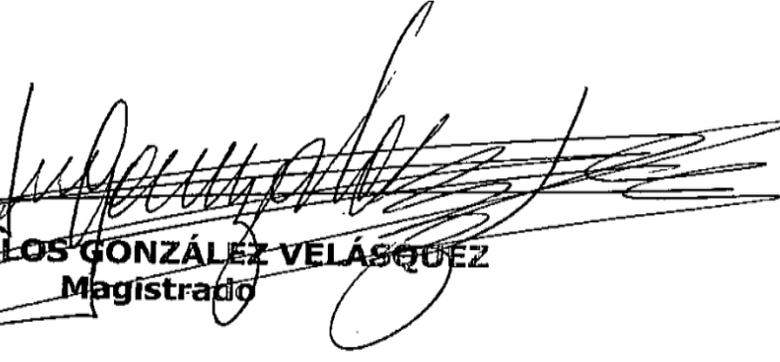
RESUELVE

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 CARMEN JULIA MORENO BELLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve(29) días de octubre 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.

Se tiene por reasumido el poder del Dr. Herminso Gutiérrez Guevara, como apoderado de la demandante.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 17 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Carmen Julia Moreno Bello, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare que en su calidad de compañera permanente del causante Simeón Ducuara Pinto le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 16 de noviembre de 2018, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios, la indexación, y, las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 56 y 57 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Simeón Ducuara Pinto nació el 14 de septiembre de 1940, a quien el otrora ISS pensionó por vejez el 1º de octubre de 2001 en cuantía del SMLMV; convivió con el pensionado de manera ininterrumpida compartiendo lecho, techo, desde el 29 de abril de 2013 y hasta el deceso de aquel el 16 de noviembre de 2018, perdurando los deberes de ayuda mutua durante el vínculo, de lo cual dio fe el pensionado antes de su muerte, a través de la declaración extrajuicio del 29 de abril de 2013, en la que aseguró que la pareja convivía desde hace 12 años; residieron en el barrio Nueva Gloria de la ciudad de Bogotá; Ducuara Pinto cubría los gastos de Carmen Julia; fallecido el pensionado acudió a Colpensiones a reclamar la sustitución pensional, la cual se negó por medio de la resolución SUB 28368 del 31 de enero de 2019, decisión que recurrió en reposición y apelación, que al desatarse confirmaron el acto administrativo atacado, quedando agotado el procedimiento administrativo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por

Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 86 a 92 del expediente); en cuanto a los hechos, aceptó la el natalicio de Ducuara Pinto, la calidad de pensionado por vejez del de cujus, la fecha del deceso de aquel, la existencia de los actos administrativos que negaron la sustitución pensional; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso como medios de defensa las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la innominada o la 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 (C.D. fl. 113) en la que declaró que Colpensiones debía reconocer y pagar a la demandante la sustitución de la pensión que en vida percibió Simeón Ducuara Pinto, a partir del 16 de noviembre de noviembre de 2018; condenó a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional que a la fecha asciende a \$34.012.705 suma que debe ser indexada al momento de su pago; condenó al pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo condenado e impuso costas a cargo de Colpensiones en suma de \$1.200.000.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia en los que indica que según la investigación administrativa adelantada por la entidad no fue posible establecer la calidad de beneficiaria de la actora.

A su vez, el extremo demandante solicita se confirme la decisión de primer grado, en tanto de acreditó que convivió con el causante desde el 28 de abril de 2001 y hasta la fecha del deceso de aquel.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en 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.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES -COMPAÑERAS PERMANENTES

En el presente caso no está en discusión que el ISS reconoció a Simeón Ducuara Pinto una pensión de vejez mediante Resolución N° 21578 del 26 de septiembre 2001 a partir del 1° de octubre de la misma anualidad, en cuantía inicial de \$286.000, según se colige de la documental obrantes a folio 44. De igual manera, se encuentra acreditado que Ducaura Pinto falleció el 16 de noviembre de 2018, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 29); y que a través del acto administrativo SUB 28368 del 31 de enero de 2019 Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la aquí reclamante.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Carmen Julia Moreno Bello cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclaman con ocasión al fallecimiento de Simeón Ducuara Pinto.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 16 de noviembre de 2018 (fl. 29), es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por

otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaran más de 30 años de edad y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Simeón Ducuara Pinto, la reclamante acreditaba más de 30 años de edad, pues, para el caso de Carmen Julia Moreno Bello nació el 30 de junio de 1962; por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la referida señora.

Obra en el expediente declaración extrajuicio en la que Simeón Ducuara Pinto en vida, declaró el 29 de abril de 2013, que: “CONVIVO EN UNIÓN LIBE DE FORMA PERMANENTE BAJO EL MISMO TECHO HACE 12 AÑOS CON LA SEÑORA CARMEN JULIA MORENO BELLO”, manifestación que cuenta con la rubrica de la demandante y el causante (fl. 49).

*También se recibieron los testimonios de **Jenny Leonor Sierra Barrera**, quien afirmó que fue vecina de la pareja conformada por la demandante y el señor Simeón, que le consta que aquellos vivieron juntos debido a que la vivienda de estos era contigua a la suya - la de la testigo-, y que justamente por esa cercanía de vecinos, cuando ella dejó de vivir en el año 2012 en el barrio Nueva Gloria, siguió frecuentándolos, en fechas especiales y decembrinas. Aseguró que mientras fueron vecinos vio a la pareja acudir a hacer compras al supermercado y a pagar los servicios públicos, los cuales sufragaba en vida el pensionado y que la señora Carmen Julia algunas veces trabajaba por turnos cuando le salía trabajo, pero en general se dedicaba al hogar; sabe que*

*Ducudara Pinto falleció de un infarto en el año 2018, acudiendo a las exequias; y , **Jaime Ruiz Martínez**, quien dijo haber sido vecino y compañero de trabajo del causante, pues ambos se desempeñaron como compañeros de obras entre 1990 y el año 2000, fechas en las que conoció a Carmen Julia, y luego de eso, siempre lo vio con ella. Sabe que Simeón falleció 2018 y hasta esa fecha, convivió con Moreno Bello.*

Ahora, en los actos administrativos adosados al plenario (fls. 30 a 48) se evidencia que Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la prestación con ocasión a la investigación administrativa que adelantó. Sobre el punto, cabe resaltar que pese a que el juez de primer grado en audiencia del artículo 77 del CPT y SS decretó como prueba el expediente administrativo del causante visible en el C.D. de folio 95, en el referido disco compacto no se incorpora ningún documento que corresponda al señor Simeón Ducudara Pinto, allí únicamente obra la historia laboral de la demandante en tres archivos, por lo que se requiere al fallador para que sea más cuidadoso en el momento de incorporación de las pruebas.

De otro lado, en los alegatos arrimados en esta instancia, la administradora del RPMPD, solicita se revoque la decisión debido a que la actora no cumple con los requisitos legales, sin embargo, la ausencia de actividad probatoria por parte de la entidad (art. 177 del CGP) no permite llegar a una conclusión diferente a la se adoptó en el proveído objeto de consulta.

Entonces, según las probanzas recogidas al valorarlas bajo los lineamientos del artículo 61 CPT y SS se colige que le asiste razón al fallador de primer grado en ordenar el reconocimiento, ya que se estableció que la pareja, hasta la fecha de fallecimiento del señor Ducudara Pinto el 16 de noviembre de 2018 (fl. 29), hizo una comunidad de vida permanente y singular por lo menos desde 2001, además de no existir ninguna otra persona que se hubiere presentado a reclamar la prestación con mejor derecho, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

Sería del caso entrar a analizar si le asiste a la demandante el derecho al pago de los intereses moratorios, de no ser porque el juez condenó a la encartada a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas pensionales, condena que impide se ordene el pago de los intereses moratorios, en la medida en que dichos conceptos son excluyentes pues con ambos se resarce el perjuicio causado por la desvalorización de la moneda, criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2012, Rad. 39140, en el que indicó:

“Cabe recordar, al margen, que el criterio actualmente imperante en la Sala es el de la incompatibilidad de intereses moratorios con la indexación, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaloratorio; tal como se dijo, al rectificar el antiguo criterio de compatibilidad de ambas figuras vertido en sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicación 37279, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 41392, la que acogió, para ello, pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la esta misma Corporación datado el 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.”

En este orden, se revocara el ordinal tercero de la sentencia consultada, toda vez que el juez de primer grado condenó al pago indexado del retroactivo pensional, condena, que como ya se dijo es excluyente de la de intereses moratorios.

PRESCRIPCIÓN

De otra parte, al haber sido propuesta la excepción de prescripción procede la sala a efectuar el análisis pertinente.

En materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado en los artículos 151 del CPT y SS, 488 y 489 del CST, que establecen que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, esto es, desde la fecha de reconocimiento pensional para el presente asunto. Sin embargo, es menester tener en cuenta lo referente a la interrupción de la prescripción dispuesto en el artículo 489 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual es plausible 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 igual al señalado por la prescripción correspondiente.

Luego como el derecho pensional se causó a partir del 16 de noviembre de 2018 (fl. 29), y la demanda se presentó el 20 de agosto de 2019 (fl 53), es incuestionable que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

RESUELVE

Primero.- *Revocar el ordinal tercero de la sentencia apelada, para, en su lugar, absolver a Colpensiones del reconocimiento y pago de intereses moratorios, de acuerdo con dicho en la parte considerativa de la sentencia.*

Segundo.- *Confirmar la sentencia consultada en todo lo demás.*

Tercero.- *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 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESTRELLA DE JESÚS VARGAS MONTERO CONTRA MARÍA FANNY SÁNCHEZ TOVAR

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 12 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

Estrella de Jesús Vargas Montero, por intermedio de apoderado judicial, demandó a María Fanny Sánchez Tovar, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 2 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2019, el cual finalizó por causa imputable al empleador; en consecuencia se

condene al pago de las cesantías junto con sus intereses, primas de servicios y aportes en pensión durante toda la vigencia de toda la relación laboral; las vacaciones compensadas en dinero por los últimos 3 años del nexo entre las partes, las indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990 y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 6 del expediente, en los que en síntesis indica que: empezó a prestar sus servicios profesionales a la demandante dentro del establecimiento de comercio Creaciones Ronald S.T. de la ciudad de Bogotá, para ocupar el cargo de operaria de maquina plana; en el año 2011 se modificó la modalidad contractual a una de prestación de servicios independientes, en el que desarrollaba la misma labor; como operaria de maquina plana debía armar camisas competas, así como las demás prendas que le fueran asignadas de manera subordinada por la aquí demandada o la hermana de aquella, señora Blanca Libia Sánchez, quien era la encargada del taller de confección de propiedad de la enjuiciada; el horario de trabajo inicialmente era de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 8:30 p.m. y sábados de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., luego del año 2011 la jornada laboral se modificó, por lo que se ejecutó de 9:00 a.m. a 7:00 p.m. de lunes a viernes y de 9:00 a.m. a 3:00 p.m. los sábados; como remuneración se pactó un valor por prenda que oscilaban entre \$2.000 y \$2.200, cifra que aumentó \$200 durante cada anualidad; para el pago se realizaba corte los días 15 y 30 de cada más a efectos de percibir los dineros los días 22/23 y 7/8 de cada mes; durante el tiempo que ejecutó de manera personal y subordinada la labor no se presentó queja o llamado de atención alguno; el contrato se dio por terminado de manera unilateral el 15 de febrero de 2019, asegurando que “el trabajo en el taller de confección se había terminado”; debido a que no se sufragaron las prestaciones sociales ni los aportes en pensión, acudió al taller a conversar con la señora Sánchez Tovar a efectos de llegar a un acuerdo conciliatorio, y ésta le manifestó que en diciembre reuniría el dinero y firmarían un documento como constancia del acuerdo entre las partes; a la presentación de la demanda no se han cancelados los emolumento reclamados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Luego de admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, en auto del 5 de febrero de 2021 (fl. 29) se tuvo por no contestada la demanda.

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. 65) declara que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 2 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2019. Condenó a la señora María Fanny Sánchez Tovar, al pago a favor de la demandante de: **a)** \$11.211.806 por cesantías, **b)** \$11.211.806 por prima de servicios, **c)** \$1.328.206 por intereses a las cesantías, **d)** \$7.152.852 por vacaciones, **e)** \$115.581.510 por la indemnización prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, **f)** la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, en suma de \$27.604 diarios desde el 16 de febrero de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales; condenó al pago del cálculo actuarial por concepto o aportes a la seguridad social en pensiones, entre el periodo de 2 de noviembre de 2001 hasta el 15 de febrero de 2019, para lo cual se tendrá en cuenta el SMLMV y para los años 2011 - 2012, se tendrá una asignación de \$1.200.000; absolvió a la demandada de las demás pretensiones invocadas; e impuso costas a la parte demandada en suma de diez SMLMV para el año 2021.*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandada la recurrió en apelación, centrando su desacuerdo frente a la declaratoria del contrato, toda vez, que considera que no fue clara la subordinación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora solicitó se confirme en su totalidad la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandada al momento de la sustentación del recurso.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste, la parte demandada a través de la alzada que no se configuran los elementos del contrato de trabajo, en especial la subordinación.

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

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

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

cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo: contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 8 de agosto de 2016, con vigencia de 5 meses (fls. 16 a 18); certificación con el logo de Creaciones Ronald del 27 de abril de 2012 en la que se anota que la demandante "trabaja en nuestra empresa desde el 2 de noviembre de 2001, en el cargo de operaria, con un ingreso mensual de \$1.200.000, mediante contrato de trabajo a término fijo", suscrita por la señora Edith Vargas Angulo (fl. 19) y en el mismo sentido se expide la certificación del 5 de agosto de 2011 (fl. 20), aquella con rubrica de Liliana Rativa como Jefe de Recursos Humanos; comprobantes de entrega de producto de fls. 22 a 33, que datan 25 de agosto de 2017 y van hasta el 16 de mayo de 2019, sin que sean consecutivos las fechas.

De igual manera, se recibió el interrogatorio de la demandada quien dijo que la demandante le prestaba el servicio como satélite, llevándole camisas y rara vez la activa le pedía una máquina para hacer los acabados; era un contrato de prestación de servicios y le pagaba de acuerdo al número de prendas, por cada una de las camisas que hacía, a eso se restringía el pago; ella duró un año más porque le suplicó que le diera trabajo así fuera poco que para llevarlo a la casa, y en esos momentos no podía porque su cónyuge -el de la demandada- era quien se encargaba de eso y que falleció el 23 de octubre de 2016, por lo que no tenía quién se quedara a cargo del negocio, se acabaron las ventas, hubo problemas, y le quedaron deudas, sin embargo, se quedaron 8 personas allí durante 9 meses, pero al final no tenía con qué pagarles; Edith Vargas Angulo es una señora que trabajó con ella en la parte administrativa; aseguró que la demandante prestó servicios hace unos

quince años, pero ella trabajaba en su casa, luego se fue estuvo un tiempo a la costa y supo de eso por otras personas me di cuenta que se había ido por otras personas porque como no era una obligación laboral, Liliana Rativa es prima que le ayudaba a llevar las cuentas; la señora Estrella de Jesús no cumplía horario; nunca firmó contrato con la demandante y no recuerda el que obra en el expediente como prueba; realizaba el pago a la Vargas Montero cada que había plata, cada 10 días o 15 días, no podía pagarles porque no tenía plata, les pagaba cuando ya tenían las camisas hechas, cien, cincuenta camisas y les cancelaba esas camisas; habían unos formatos ahí, se hacían unos recibos y también los formatos de pago.

Por su parte la demandante adujo que se vinculó el 2 de noviembre de 2001 a Creaciones Ronald, mediante contrato verbal, cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 8:30 p.m. de lunes a viernes y los sábados de 8:00 a.m. a 6:00 p.m, en ningún momento trabajó como satélite en la casa; la demandada le entregaba una producción de 300 a 400 camisas para la quincena, el día 15 tenía que entregarle en el taller la producción lo que alcanzara a sacar, la secretaria llegaba de la oficina que está en otra sede, entonces firmaban la nómina y ella decía que el pago se haría el día 20, pero pagaba 22, 23 o iba y entregaba producción para el día 30, y llegaba la secretaria otra vez a recibir el trabajo en el taller, esa quincena la pagaban el 7 o el 8; María Fanny daba un precio de \$2.200 por camisa grande y \$2.000 por camisa pequeña si elaboraba sacaba 250 camisas esa era la quincena nunca dejó el trabajo tirado, nunca se fue sin autorización ni me ha trabajado en otra parte; en el taller de la demandada trabajaba con Blanca, la hermana de Fanny, y quien era la que transmitía las órdenes de esta última, allí también laboraba Álvaro Vanegas, Luz Marina Arévalo, Betsy Peña y Nely Mora; en varias ocasiones pidió que la afiliaran a seguridad social porque no tenían ni siquiera ARL, sugirió que le descontaran para ese efecto la quincena, pero la demandada le dijo que eso no se podía; en el 2018, les dijo que el 31 de diciembre de ese año iba a liquidar todo lo que les debía, el 28 de ese mes le solicitó que le colaboran con la temporada colegial hasta el 15 de febrero de 2019, que ella liquidaba todo, pero en la fecha acordada no se presentó.

También se recibieron los testimonios de las señoras **Luz Marina Arévalo Mora**, quien aseguró que fue compañera de trabajo de la actora; la conoció el 6 de octubre 2004 cuando empezó a trabajar con la señora Fanny, desde ahí conoce a

*Estrella de Jesús; recibían órdenes y les pagaban quincenalmente; trabajaron con la señora María Fanny Sánchez Tovar en creaciones Ronald, en el barrio Carvajal, hasta el 15 de febrero del 2019; elaboraban camisas; cuando comenzó tenían un horario de 8:00 a.m. a 8:00 p.m., con el tiempo después les cambiaron el horario de 9:00 a.m. a 7: 00p.m. y los últimos dos, tres años cuando murió el esposo de María Fanny tenían un horario de 9:00 a.m. a 6:00 p.m., ese fue el último horario con que se trabajó, lunes a sábado y el sábado se trabajaba hasta las 3:00 p.m. o 4: 00 p.m. y después de hacer el aseo salían a las 5: 00p.m.; las máquinas eran de María Fanny, quien les dejaba el trabajo para hacer camisas, les daba un lote de 100-200 camisas a diario; firmaron un contrato a término fijo que fue idéntico en las condiciones para ambas; les pagaban los 5 y los 20, dependiendo de la cantidad de camisas elaboradas y esa era la quincena que se recibía; trabajaron hasta el 15 de febrero de 2019 porque la señora Sánchez Tovar se enojó porque le pidieron que las “arreglara”, y dijo que no tenía plata, entonces no les dio más trabajo; y **Zuleima Katherine Vargas**, dijo ser hija de la demandante, debido a que vive con su progenitora, sabe que aquella siempre ha trabajado para María Fanny desde el 2 de noviembre de 2001 y hasta el 15 de febrero de 2019, sin que desarrollara su oficio para otra persona, debido a que durante los primeros años laboraba de las 8:00 a.m. y salían a las 8:30 p.m. de lunes a viernes, después de 2011, podía entrar un poquito más tarde, salir más temprano; cuando era temporada alta le tocaba trabajar de lunes a viernes, los sábados si anteriormente eran de 8:00 a.m. a 3:00p.m cuando ingresaba a la temporada ya les tocaba hasta las 8:30 p.m. y Estrella de Jesús con en la casa adelantaba los puños; cuellos, camisas, pecheras, le consta debido que le ayudaba a la activa los domingos y festivos, de manera que lograra entregar la producción a tiempo; las máquinas, eran de propiedad de María Fanny, la demandante sólo iba a coser a la fábrica; le consta que Vargas Montero trabajaba en la fábrica de confección, dado que algunas veces iba hasta allá y la veía trabajar, y en otras oportunidades cuando no tenía quien le cuidara a los niños, la accionante se llevaba a uno de los menores y ella -la deponente- iba y lo recogía allí.*

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que la demandada no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, conforme a lo detallado, se obtiene que la actora no ejercía su labor de manera independiente, al estar el cumplimiento su labor bajo las órdenes de la propietaria

del establecimiento de comercio; atendiendo sus actividades dentro del horario de trabajo establecido, por lo que la prestación del servicio por la demandante siempre fue personal, sus funciones eran desarrolladas con elementos que la propia demandada le suministraba y en sus instalaciones; todo esta situación enmarca una subordinación de índole laboral, lo que configura el contrato de trabajo y descarta la existencia de un vínculo regido por el contrato de prestación de servicios al que acudió la demandada para beneficiarse de las labores de la actora. Además de lo anterior, las documentales obrantes en el plenario, no se tacharon ni fueron reargüidas de falsas, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, de igual manera, cabe advertir que tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las certificaciones laborales expedidas por el empleador se reputan inicialmente como ciertas, a menos que éste las desvirtúe (sentencia SL 6621 de 3 de mayo de 2017, Rad. 49346, reiterada en la SL 2600 del 27 de junio de 2018, Rad. 69175), situación que en el presente asunto no aconteció.

Así nos encontramos frente a una típico contrato de trabajo; siendo claro que en caso de divergencia entre lo que surge de lo afirmado en la demanda y en la alzada y los hechos probados en el proceso prevalecen estos últimos, según el principio de la primacía de la realidad, que impera en materia laboral, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, elevado a canon constitucional en la Carta Política de 1991 en su artículo 53. Razones suficientes para confirmar la decisión del a quo en cuanto declaró la existencia de una verdadera relación laboral, entre el 18 de noviembre de 2014 y el 30 de mayo de 2018.

Frente al salario mensual y cargo desempeñado por la demandante declarado en primera instancia, no fue objeto de controversia en la alzada.

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

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costa de la instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000, oo por concepto de 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 ADRIANA ELVIRA LEMOS PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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.

De igual manera, se reconoce 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.

Notifíquese.

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecisiete 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

Adriana Elvira Lemos Pérez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones-, Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare nulidad de la afiliación al RAIS por medio de la AFP Porvenir en 1997 y las vinculaciones subsiguientes a los distintos fondos de pensiones, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., Protección S.A., y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás emolumentos recibidos, y a ésta última a recibirlos. De igual manera, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 7 a 10 (archivo 001. C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de febrero de 1965; cotizó al otrora ISS desde 1990 encontrándose activa dicha afiliación hasta el año 2008; de manera paralela, a mediados de 1997, fue abordada por los empleados de la AFP Porvenir S.A. a efectos de que se vinculara a ese fondo privado, puesto que le resultaba más rentable y seguro que permanecer en el ISS que sería liquidado; así mismo, se le dijo que podía pensionarse antes de los 55 años de edad, pero no se le habló de los perjuicios del cambio de régimen, ni se elaboró un estudio comparativo de ventajas y desventajas de ambos sistemas pensionales; tampoco se le suministró una proyección de la eventual prestación a la que accedería en ambos regímenes; hacia el año 2019 se percata de que no es posible pensionarse de manera anticipada ni con una mesada alta, por lo que decide

retornar a Colpensiones, empero, no fue posible dado que se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad pensional; ni en el formulario inicial ni en los de los traslados horizontales contienen la información necesaria que le permitiera tomar la decisión conociendo las implicaciones de ella; luego del traslado de régimen estuvo afiliada a Protección S.A. y Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folio 247 (C.D. fl. 2 archivo 001), se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a ese Fondo, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del C.P. T. y S.S., por lo que pide que no se le imponga condena en costas o agencias en derecho.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas fls. 248 a 266 (C.D. fl. 2 archivo 001); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al ISS antes de trasladarse al RAIS. Sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo en el que se opuso a las pretensiones incoadas fls. 305 a 324 (C.D. fl. 2 archivo 001); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante y su afiliación a Protección S.A.; en cuanto a los demás manifestó que no le constan y no son ciertos. De fondo propuso las excepciones enlistadas como 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.

Finalmente, Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 351 a 374); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la activa y la afiliación a Porvenir S.A. el 22 de febrero de 1996, a los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Como excepciones perentorias propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación

En auto del 2 de marzo de 2021 (fls. 479 a 478) se tuvo por no contestada la demanda a Colfondos S.A., por o reunir los requisitos del artículo 31 del CPTSS.

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 carpeta 005) en la que declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción; de igual manera declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de Porvenir S.A. y las posteriores vinculaciones a Protección S.A. y Colfondos S.A., por lo que la señora Polanía Bermúdez está válidamente afiliada a Colpensiones; en consecuencia, las AFP deben trasladar a la administradora del RPMPD todos los valores recibidos como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, incluyendo los dineros que descontaron por gastos de administración, asumiendo este último emolumento con su propio patrimonio; condenó a Colpensiones a recibir las sumas objeto de condena; impuso costas a cargo de cada una de las demandadas en suma de \$900.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. adujo que no es procedente la devolución de los gastos de administración debido a que se causaron por la buena administración, además, se ocasiona un enriquecimiento sin causa a favor

de Colpensiones, entidad que recibiría sumas de dinero que no están destinadas a financiar la prestación de la demandante, por lo que deben tenerse en cuenta las restituciones mutuas entre las partes, debido a que se causaron unos rendimientos y frutos; en cuanto a los gastos de seguro previsional, los dineros se giraron a la aseguradora que es un tercero de buena fe, aunado a que sobre esos dineros procedió el fenómeno prescriptivo.

A su turno, Porvenir S.A. aduce que no puede aplicarse el precedente de manera homogénea ya que la demandante ratificó su voluntad de traslado al RAIS con las afiliaciones horizontales que con posterioridad al cambio de régimen efectuó; el deber de buen consejo existe desde el año 2014, por tanto no puede exigirse para la data en que se trasladó la activa, pues para esa época se afilió de manera libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, aprobado por la Superintendencia Financiera; discrepara de la orden de devolver los gastos de administración ,pues si se declara la ineficacia y se ordena su devolución, lo lógico es que no se entreguen rendimientos financieros, puesto que estos tampoco se hubieren causado.

Colpensiones considera que la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS con las cotizaciones que efectuó a ese régimen durante más de 20 años, además de los traslados horizontales en ese régimen; se omitió que la activa se encuentra inmersa en la producción de la ley 797 de 2003; el ordenamiento jurídico no tenía obligaciones de información al momento en que se suscribió el traslado de régimen, lo único exigido era la rúbrica del formulario de afiliación.

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 se cumplió a cabalidad la obligación de información de acuerdo a las normas vigentes al momento del traslado; aunado a que la devolución de gastos de administración tiene una destinación específica por mandato legal, siendo invertidas esas sumas de la forma establecida en la ley.

A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, en razón a que la activa no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; la declaración injustificada de nulidad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último, la parte actora pide se mantenga la decisión recurrida, ya que de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales es la AFP la encargada de probar la información que proporcionó a la señora Lemos Pérez.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones 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, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía fl. 15 (C.D. fl. 2 archivo 001); 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 22 de febrero de 1996 efectivo a partir de la misma fecha a la Porvenir S.A. fl. 409 (C.D. fl. 2 archivo 001) 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 "PORVENIR tampoco le hizo un estudio comparativo pormenorizado (...) mostrándole las ventajas y desventajas de pasarse al régimen de ahorro individual", 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 febrero de 1996, efectivo desde la misma fecha fl. 409 (C.D. fl. 2 archivo 001). 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. Ahora, pese a que la actora no recuerda con precisión las circunstancias que rodearon el cambio de régimen pensional, lo cierto es que el fondo de pensiones contó con la oportunidad procesal de controvertir el dicho de la activa a través de las pruebas allegadas y practicadas.*

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 febrero de 1996.

*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 375 (C.D. fl. 2 archivo 001) 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 realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A.**, conforme a*

lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 375 (C.D. fl. 2 archivo 001) 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, 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 las 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 Protección S.A. y 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

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.

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 Colfondos S.A., Porvenir S.A. y 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 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).

No puede 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.

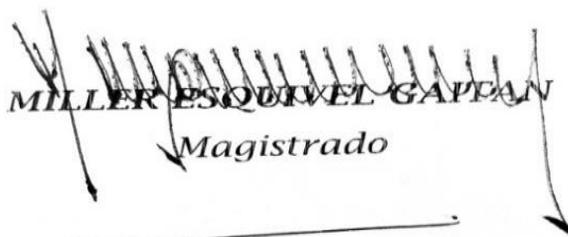
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultad...

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÓSCAR NICOLÁS ECHAVARRÍA GARCÉS 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 veintinueve (29) días de octubre 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Óscar Nicolás Echavarría Garcés, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad

*Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado al fondo de pensiones el 1º de octubre de 1998, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros y lo descontado por gastos de administración y a ésta última a actualizar la historia laboral; y se condene en costas a las enjuiciadas. De manera **subsidiaria** se declare que estuvo inmerso en multiafiliación, por tanto, debe determinarse que se encuentra afiliado a Colpensiones.*

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 74 a 77 del expediente digital archivo 001 C.D. de folio 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de enero de 1963; en el reporte de semanas se evidencian las semanas cotizadas al otrora ISS entre el 21 de junio de 1982 y el 31 de octubre de 1998; se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1º de octubre de 1998 luego de que un asesor del fondo privado le manifestara que podía pensionarse a cualquier edad y con el monto de la pensión que deseara, sin embargo, no le suministró información oportuna, suficiente y clara, omitiendo con ello el deber que le asistía, pues no presentó un estudio financiero con el que tomara una decisión objetiva, o una comparación entre cada uno de los regímenes, que permitiera develar las verdaderas implicaciones del traslado, por el contrario siempre se le habló de la conveniencia de estar en el RAIS; también se le manifestó que el ISS se acabaría; a la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003 no se le comunicó la posibilidad de retornar al RPMPD; la cuantía de la mesada pensional sería inferior en el régimen privado en comparación con la que le correspondería en Colpensiones; debido a que tenía más afiliaciones en el RAIS, en comité de multiafiliación se determinó que era afiliado de la AFP, pese a que a la entrada en vigencia de sistema general de pensiones ratificó su voluntad de permanecer en el régimen público, por lo que debía respetarse el término de permanencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones fls. 139 a 168 (C.D. fl. 2 archivo 001.), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del demandante, su afiliación al RPMPD y su posterior traslado al RAIS. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad

de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dentro del término legal dio contestación fls. 191 a 229 (C.D. fl. 2 archivo 001.), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, aceptó la afiliación al RAIS por medio de Horizonte hoy Porvenir S.A. en 1998 Propuso las excepciones perentorias que enlistó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), en la que declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones el dinero de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y frutos, y a ésta última a recibirlos y actualizar la historia laboral e impuso costas a cargo de la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre por considerar que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003, la cual tiene como fundamento la de salvaguardar la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema pensional, por lo que resulta improcedente el traslado, máxime cuando no es beneficiario del régimen de transición.

Porvenir S.A. estima que no se acreditó vicio de consentimiento alguno ni las causales del artículo 1741 del código civil, a más que se demostró que se suministró la información necesaria para la afiliación, acto que se ratificó con la

suscripción del formulario -documento que no fue objeto de tacha- y la permanencia en el RAIS; por lo que la selección de régimen pensional fue libre, voluntaria y espontánea; el demandante confesó en el interrogatorio que ha recibido la información necesaria a través de los años; finalmente considera que a Colpensiones también debe condenársele 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. adujo que no procede la devolución de los gastos de administración ni primas de seguros, debido a que no pertenecen al afiliado, en tanto no financian la prestación pensional, además de ello reiteró los motivos de apelación.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones 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 el actor 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 el demandante cuenta con 58 años de edad, debido a que nació el 28 de enero de 1963, conforme a la copia de la cedula de ciudadanía que milita a folio 14 (C.D. fl. 2 archivo 001.); 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 1° de octubre de 1998, con efectividad desde el 1° de diciembre del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (C.D. fl. 2 archivo 001. fl. 298) 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 "Porvenir S.A. (...) no le suministró en forma oportuna, suficiente, completa y clara la información financiera necesaria para tener los elementos de juicio con el fin de tomar una decisión objetiva sobre su traslado del RPM 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 al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 1° de octubre de 1998, con efectividad desde el 1° de diciembre de la misma anualidad fl. 298 (C.D. fl. 2 archivo 001.). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en 1998 una persona que le recomendaron, le dijo que la administradora del gobierno se iba a acabar y que si se cambiaba de régimen se pensionaría con mas dinero y para ello le mostró los cuadros de rendimientos que generaba la AFP respecto de la administradora pública; la asesoría se le dio de manera personal una promotora que acudió a su lugar de trabajo; en 2008 se acercó a solicitar que las semanas de sus esposa fallecida se incorporara a su historia laboral y allí le informó la AFP que no podía retornar al RMPD; suscribió el formulario de manera libre en ese momento porque le manifestaron que le ISS se iba a acabar; leyó el formulario de afiliación; la asesora le dijo que firmara rápido debido a que ella -la promotora- se debía ir; no se le dijo que debía cotizar un dinero adicional, no se le habló tampoco del capital a reunir para pensionarse; no presentó queja alguna ante el fondo de pensiones debido a los beneficios que le presentaron al momento del traslado; ha recibido extractos y en los últimos 6 meses la revisarlos se dio cuenta de que le disminuyeron 100 semanas.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Sin que dicha falencia pueda enmendarse 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 diciembre de 1998.

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 fl 267 (Cd. fl 2 archivo 001.) 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. 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 fl 267 (Cd. fl 2 archivo 001.) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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 del promotor 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, 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

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.

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 el demandante, y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del 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 Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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.

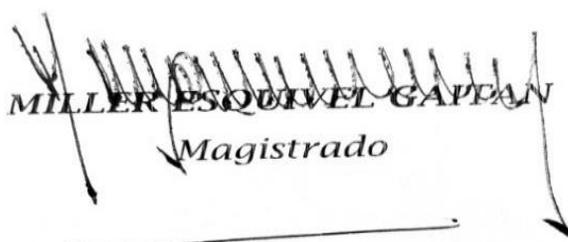
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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 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 ALBERTO AMAYA RODRÍGUEZ 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 veintinueve (29) días de octubre 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 al Dr. Mauricio Alejandro Capera Bermúdez quien se identifica con la C.C. No 1.110.497. 097 y la T. P. No. 247.584 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido.

De igual manera, se reconoce 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.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Alberto Amaya Rodríguez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare ineficaz el traslado de régimen pensional a través de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y a ésta a tenerlo como afiliado sin solución de continuidad. De igual manera, solicitó se condene al fondo de pensiones a continuar pagando la pensión del demandante en caso de que se hubiere reconocido antes de dictar sentencia, y hasta que se haga efectivo el retorno al RPMPD; a lo ultra y extra petita y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 3 a 6 (archivo 01 C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: se afilió al sistema general de pensiones el 1º de septiembre de 1982; el 27 de septiembre del 2000 se vinculó a Porvenir S.A., luego de que el promotor obviara suministrar información completa respecto de las prestaciones económicas y los beneficios del RAIS, versus las consecuencias negativas de abandonar el RPMPD; tampoco se le hizo entrega de proyecciones comparativas de la prestación pensional en cada uno de los regímenes, ni se le orientó sobre que salarios y durante cuánto tiempo debía cotizar para alcanzar un pensión de vejez similar a la del otrora ISS, el monto del capital a ahorrar para acceder a una pensión equivalente al SMLMV, la manera de adquirir una pensión anticipada, la incidencia de los beneficiarios en el cálculo de la prestación y la posibilidad de retracto, de manera que al momento de la afiliación no tuvo información suficiente y veraz para acogerse al

RAIS; solicitó a las demandadas la anulación del traslado, a lo que Colpensiones se negó y Porvenir S.A. no dio respuesta, además de ello la AFP le señaló que no cuenta con soporte de la documental en la que obra la información dada cuando se trasladó; en caso de haber permanecido en el régimen público el valor de la pensión sería superior a la que eventualmente recibiría de la AFP a la que sigue vinculado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones fls. 220 a 229 (C.D. fl. 2 archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación al RPMPD y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dentro del término legal fls. 241 a 270 (C.D. fl. 2 archivo 1), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP, en la que permanece a la fecha, la solicitud elevada y que no suministró soportes de la información entregada al momento de la afiliación y las semanas cotizadas al RPMPD previo al cambio de régimen pensional. Como excepciones de fondo propuso 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), en la que declaró la ineficacia del traslado del actor del RPMPD al RAIS por medio la AFP Porvenir S.A., el 27 de septiembre de 2000; declaró al demandante válidamente afiliado a Colpensiones;

condenó al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones, todos los valores recibidos como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolvió de las demás pretensiones incoadas; e impuso costas a cargo en cuantía de \$500.000 a cargo de cada una de las enjuiciadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre debido que no puede aplicarse el precedente de manera homogénea ya que para la época en que se afilió el actor, lo hizo de manera libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, aprobado por la Superintendencia Financiera, además durante todo el tiempo de la vinculación ha recibido información en los extractos que remite el fondo de pensiones, la cual también está disponible en los canales dispuestos por la AFP, sin que el señor Amaya Rodríguez acudiera a verificarla lo que denota su negligencia, incluso tuvo la posibilidad de retornar al RPMPD pero no lo hizo; discrepa de la orden de devolver los gastos de administración, pues si se declara la ineficacia y se ordena su devolución, lo lógico es que no se entreguen rendimientos financieros, puesto que estos tampoco se hubieren causado, además los dineros ya fueron entregados a las aseguradoras, motivo por el que ya no están en poder del fondo de pensiones.

Colpensiones considera que el demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003; cuando se cambió de régimen pensional lo hizo de manera libre y voluntaria; dentro del interrogatorio confesó que no cumplió con el deber de informarse, ya que, aunque no entendía la información contenida en los extractos tampoco acudió a buscar explicación de aquella; no ejerció el derecho de retracto; también solicita se revoque la 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 argumentando que del interrogatorio de parte se extrae que la motivación de la demanda se centra en la diferencia de

la mesada pensional que va a recibir, lo cual, no es óbice para declarar la ineficacia.

A su vez, Colpensiones adujo que el actor no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003.

La parte actora solicitó se confirme la sentencia de primer grado.

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

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones 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 el demandante cuenta con 59 años de edad debido a que nació el 29 de enero de 1962, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía fl. 64 (C.D. fl. 2 archivo 1); 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 27 de septiembre del 2000, con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 272 C.D. fl. 2 archivo 1) 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 "PORVENIR S.A. no le entregó información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse de su régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

el 27 de septiembre del 2000, con efectividad desde el 1° de noviembre de la misma anualidad (fl. 272 C.D. fl. 2 archivo 1). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es inspector técnico de aviación; en la época en la que se afilió a Porvenir S.A. estaba desempleado, de manera que cuando hubo una convocatoria de Avianca S.A. por intermedio de la empresa Misión Temporal, él acudió, y en ese momento lo afiliaron; en esa oportunidad en caso de cumplir con los requisitos de contratación le dijeron que había dos fondos de pensiones entre los que podía elegir Porvenir S.A. y Horizonte S.A., pero no se hizo ninguna reunión; allí estaban las promotoras de cada una de las AFP, quienes se limitaban a diligenciar el formulario para la firma sin que se le suministrara información; no leyó el formato; no conoce los motivos por los cuales se inscribieron a sus familiares en la forma; luego se afilió a Horizonte porque todos los empleados de la empresa en la que laboraba estaban cotizando a ese fondo, incluso el formulario ya venía diligenciado; hace año y medio empezó a recibir los extractos de la AFP, pero no entiende su contenido; el fondo privado no atiende los fines de semana cuándo él tiene tiempo para acercarse a hacer preguntas; sabe que debe cotizar 1300 para pensionarse en Colpensiones; el monto de la pensión es una de las motivaciones que le impulsan a volver al RPMPD; no conoce las requisitos para pensionarse en el RAIS; no ha acudido a Colpensiones para recibir asesoría; no le hablaron de aportes voluntarios.

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

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 288 (C.D. fl. 2 archivo 1) 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 realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. 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 288 (C.D. fl. 2 archivo 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.”

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.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que el actor 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,

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).

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.

CONDENA EN COSTAS

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

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

“(...)

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

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

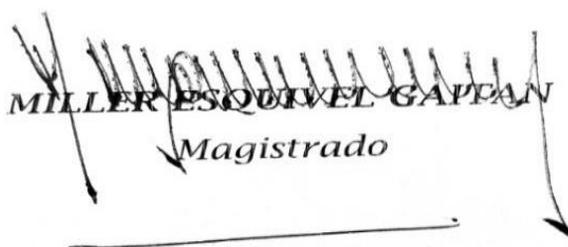
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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 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 ALICIA TORRES DE RODRIGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre 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 Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 29 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Octavo 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

María Alicia Torres de Rodríguez, por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que previa declaratoria de que es beneficiaria del régimen de transición y le asiste el derecho al pago de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de dicha prestación a partir del 1° de

febrero de 2012; al pago del retroactivo de mesadas pensionales causadas debidamente indexadas, intereses moratorios, y lo que resulte ultra y extra petita.

Son fundamento de sus pretensiones los hechos narrados a folios 94 A 101, en los que en síntesis expresó que: nació el 20 de abril de 1943; fue afiliada al ISS desde el 14 de septiembre de 1990 y viene realizando cotizaciones para los riesgos de I.V.M.; el 18 de noviembre de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y éste a través de resolución No. 100988 del 23 de enero de 2012 le negó el derecho, con el argumento de que solo contaba con 959 semanas cotizadas; posteriormente Colpensiones por medio de las resoluciones GNR 116812 de 30 de mayo de 2013 y GNR 176409 de 9 de julio del mismo año, nuevamente negó en derecho prestacional; contra este último administrativo se interpuso los recursos de la vía gubernativa y la entidad en resoluciones GNR 11108 del 15 de enero de 2014 y VPB 2248 del 20 de enero de 2015, confirmó la negativa. Señala que el 9 de agosto de 2019, solicitó nuevamente el estudio de su pensión y mediante resolución SUB 151637 del 13 de septiembre de 2019 se le volvió a negar; que de acuerdo con el historial de semanas cotizadas durante su vida laboral alcanzó un total de 1.016,57 semanas; no obstante, dentro de la misma no aparecen completos los ciclos que detalladamente relaciona que fueron cotizados por su empleadora Leyla Jaimes Gil con No. Patronal 37796257 que suman un total de 597 días que equivalen a 85,20 semanas, por lo que realmente cotizó un total de 1.101.85 semanas, de las cuales 770,11 fueron antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma oportuna y dentro del término legal en escrito obrante a folios 134 a 143, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos acepta los relacionados con la solicitud de reconocimiento pensional y su negativa a través de los diferentes actos administrativos referido por la actor, frente a los demás dijo no ser ciertos indicando que la cotización no fue completa y por eso no se tuvo en cuenta los días faltantes. Propuso las excepciones de falta prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para

pedir; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro delo no debido 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 en la que condenó a Colpensiones al reconocimiento pago de la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía equivalente al SMLMV a partir del 1° de febrero de 2012 por 14 mesadas, así como el pago del retroactivo de mesadas causado desde el 9 de octubre de 2016, autorizando a Colpensiones realizar el descuento de los aportes a seguridad social en salud; al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas adeudadas desde el 9 de octubre de 2016 y absuelve de las demás pretensiones; declaró probada la excepción de prescripción respecto las acreencias reclamadas con anterioridad al 9 de octubre de 2016 y condenó en costas a la entidad demandada.

CONSIDERACIONES

REGÍMEN DE TRANSICIÓN

Prevé el artículo 36.- Régimen de Transición...

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...”

A su vez, el Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó al artículo 48 de la Constitución Política, en el párrafo transitorio 4°, señala:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Entonces, dado que el párrafo leído no es aplicable a todos los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sino sólo a aquellos que no alcanzaron a consolidar los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización antes del 31 de julio de 2010, a quienes se les exige además que a la entrada en vigencia del citado acto legislativo (27 de julio de 2005) acrediten más de 750 semanas de cotización para conservar dicho régimen, necesario resulta determinar si la promotora de esta actuación reunió tales requisitos con anterioridad al 31 de julio de 2010, ya que sólo en caso de no ser así se entraría a verificar si contaba con las 750 semanas al 25 de julio de 2005 a fin de determinar si se mantuvo en dicho régimen.

Pues bien, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía allegada a folio 5 y lo aceptado por Colpensiones en los diferentes actos administrativos en los que se negó la pensión de vejez, es claro que la demandante nació el 20 de abril de 1943, lo que de suyo implica que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, tenía más de los 35 años de edad exigidos en la norma, que la hace beneficiaria, prima facie, del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la citada ley, el cual se mantuvo a pesar de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues del resumen de semanas anexado al informativo en el expediente administrativo, actualizado a 2 de marzo de 2020 (fl 148), la entidad reconoce que durante su vida laboral cotizó un total de 1.116,57 semanas entre el 14 de septiembre de 1990 y el 31 de enero de 2012; no obstante se observa que efectivamente como lo menciona la promotora durante los periodos que a continuación se relacionan no se tuvo en cuenta los 30 días de cotización realizados por su empleadora Leyla Jaimes Gil con No. Patronal 37796257, conforme se desprende de las autoliquidaciones de aportes allegadas a folios 35 a 90 y las incorporadas en el expediente administrativo (fl 148), así: en el ciclo 2000 -11, solo se registraron 18 días a pesar que se cotizó por 30 días, faltando 1,71 semanas; lo mismo corrió con los ciclos 2001 -10 y 2001 -11, dejando de tener en cuenta 3,42 semanas; y en el 2011-12 se cotizó los 30 días y se reportaron 29; que durante los periodos 2002-09 a 200-12 solo se tuvo en cuenta 22 días de cotización a pesar de que lo cotizado fue por 30, dejando de esta manera de tenerse en cuenta 56 días que equivalen a 8 semanas; en los 2003-01 a 2003-03 se dejó de tener en cuenta 10 días en cada periodo, lo que suma 4,28 semanas; los de 2003-04 a 2003-12 solo aparecen 23 días habiéndose cotizado 30 por lo que faltan 63 días no tenidos en cuenta que suma 9 semanas; en el periodo 2004-01 se dejó de tener en cuenta 10 días, 1,42 semanas; y del 2004-02 al 2004-12 no se incluyó 5

días en cada uno de los periodos, es decir, 55 días que suman 7.85 semanas; en los ciclos 2005-03 a 2005-12, no se incluyó 6 días por cada periodo, esto 60 días que corresponde a 8,57 semanas; en el periodo 2006- 01 no se incluyó 9 días; en los de 2006-02 a 2006-11 aparece un faltante de 6 día por cada periodo que suman 5,14 semanas; en los 2008-01 y 2008-10 a 2008-12 se dejó de tener un día en cada ciclo y en el 2008-08 2 días; en los periodos 2009-01 a 2009-11 no se incluyó por cada periodo un día, 1,57 semanas; todo lo anterior suma un total de 597 días dejados de incluir por la entidad de seguridad social que equivalen a 85,20 semanas, por lo que realmente cotizó un total de 1.101.85 semanas, de las cuales 770,11 fueron antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005). Así al ser beneficiaria del régimen de transición le permite pensionarse con los requisitos previstos en el régimen anterior, el que para su caso correspondería al Acuerdo 049 de 1990, que en lo pertinente preceptúa:

“Artículo 12: Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúna los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagaderas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

Entonces, al haber cumplido la promotora del litigio de 55 años el 20 de abril de 1998 y teniendo en cuenta que de conformidad con el resumen de aportes cotizados, al sumar a las semanas certificadas da un total de 1.101.85 (cd folio 148) lo anterior teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que el ISS hoy Colpensiones dejó de incluir 597 días dejados de incluir por la entidad de seguridad social que equivalen a 85,20 semanas, al presentarse mora de dicho patrono, ya que menciona que no se recibió el valor total del aporte en los periodos descritos en precedencias, los cuales deben ser tenidos en cuenta ya que ello no puede ir en menoscabo de los derechos de los afiliados, pues una de las obligaciones de la entidad de seguridad social, es la de realizar el cobro coactivo de los aportes en mora a cargo de los empleadores a la luz del artículo 24 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en los artículos 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, y 22, por lo que tal circunstancia en nada puede afectar el derecho del afiliado. Situación que así lo expresó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 1° de octubre

de 2014, radicado No. 46786, en la que se reiteró la sentencia del 22 de julio de 2008, radicado No. 34270.

De manera que al contabilizar las semanas cotizadas, en los términos precedentes da un total de 1.101.85, al 31 de enero de 2012, antes de que venciera el término de gracia dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual no existe duda que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual deberá ser cancelada tal y como lo indicó el a quo a partir del 1° de febrero de 2012, día siguiente a la última cotización conforme lo prevé el artículo 13 del Acuerdo 049, como quiera que la última cotización la realizó el 31 de enero de 2012.

Además de lo anterior, respecto del ingreso base de liquidación le asiste razón al fallador de primer grado para liquidarlo sobre los salarios devengados en los últimos 10 años a la fecha de status de pensionado, tal y como lo establece el artículo 21 de la ley 100 de 1993, el cual efectivamente corresponde al equivalente a un SMLMV, teniendo en cuenta del resumen de semanas cotizadas (cd fl 148) es claro para la Sala que el ingreso base de cotización siempre fue sobre el mismo, razones suficientes para confirmar la sentencia en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la ley 100 de 1993 que dispone:

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

Y el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que prevé:

“Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

Bajo tales presupuestos, como quiera que la actora acreditó que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2012, habiendo radicado su primera reclamación administrativa desde el 18 de noviembre de 2011 conforme se desprende de la resolución No. 100988 del 23 de enero de 2012, así como los demás actos administrativos por los que Colpensiones le negó el derecho, vistas en el expediente administrativo (fl 148), persistiendo la entidad en su negativa; por lo que es evidente que la pasiva incurrió en mora, atendiendo el plazo de los 4 meses previstos en la norma antes citada, máxime que la tardanza en el pago de los aportes a la seguridad social no pueden afectar el derecho al reconocimiento pensional y que se hizo bajo los postulados del Acuerdo 049 de 199; por lo que resulta imperativo confirmar lo decidido por el a quo en este aspecto .

PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (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, artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y 151 del CPT y SS, sin embargo la Sala advierte que la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, declaró exequible condicionalmente la expresión “o cuando trascurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”, establecido en el artículo 6° del CPT y SS, en el sentido que el agotamiento de la reclamación administrativa es optativa del administrado, ya que si decide esperar la respuesta de la entidad, la contabilización del término comienza a partir de ese momento o también puede acudir directamente a la jurisdicción vencido el plazo que tiene para dar respuesta a la reclamación.

Acorde con lo anterior, observa la Sala que el derecho pensional del demandante surge a partir del 1° de febrero de 2012, día siguiente a su última cotización y retiro definitivo del sistema, por lo que al haberse presentando la última reclamación del derecho pensional el 9 de agosto de 2019 y la demanda se interpuso el 9 de octubre de ese mismo año conforme acta de reparto (fl 130), es claro para la Corporación que operó el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas pensionales y los intereses moratorios causados con anterioridad al 9 de agosto de 2016, fecha anterior a la determinada por

el a quo, sin embargo, como sobre este aspecto no se presentó inconformidad por la parte demandante, se deberá mantener la decisión de primera instancia en este ítem.

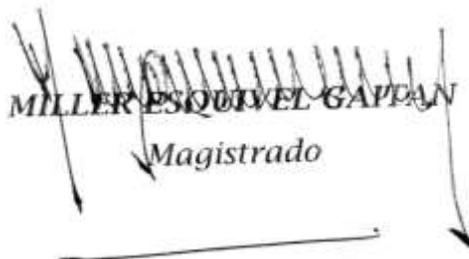
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.

Notifíquese a las partes en legal forma y cúmplase


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FITARDO ROSARIO HENRY VALBUENA 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 veintinueve (29) días de octubre 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 Juliana Mejía Giraldo identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y la T.P. No. 258.258 del C. S. de la J. como apoderada principal y al Dr. Winderson José Moncada Ramírez quien se identifica con la C.C. No 1.232.398.851 y la T. P. No. 334.200 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No. 184.941 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta 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

Fitardo Rosario Henry Valbuena, mediante apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia se condene a Colpensiones a vincularlo en el RPMPD. De igual manera, solicitó se condene a lo ultra y extra petita, y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 23 a 25 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 18 de diciembre de 1953; cotizó al otrora ISS entre 1975 y 1978, luego realizó aportes en pensión por medio del Fondo Intendencial de Previsión Social FIPS desde 1978 y hasta 1981; también cotizó a Cajanal de 1981 a 1992; luego de ello volvió a prestar servicios a la Gobernación de San Andrés Islas desde el 25 de marzo de 1996 y hasta el 2 de enero de 1998, en desarrollo de su cargo el empleador le manifestó que el FIPS sería suprimido por lo que la Gobernación resolvió trasladarlo a Porvenir S.A.; en el momento del cambio de régimen pensional no se le ofreció información clara que le permitiera conocer los beneficios y consecuencias de elegir el régimen privado, por lo que no medio consentimiento real, máxime cuando desconoció las implicaciones económicas de la decisión; solicitó a las demandadas la proyección de la mesada pensional, a lo que Colpensiones estimó que al encontrarse afiliado a Porvenir S.A. la petición no era procedente, mientras que la AFP elaboró el cálculo aritmético y le indicó la fecha posible de pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Porvenir S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 47 a 67). De los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la activa, la afiliación a esa AFP y la solicitud elevada. Propuso las excepciones de fondo 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.

Colpensiones opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda fls. 127 a 130); aceptó los hechos correspondientes al natalicio del demandante, la afiliación al RPMPD y el período cotizado, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y su respuesta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 07. C.D. fl. 2) en el cual, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, efectuado el 1° de octubre de 1997, a través de Porvenir S.A.; fondo al que condenó a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y gastos de administración por todo el tiempo que ha permanecido en el RAIS y hasta que se haga efectivo su retorno a Colpensiones, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; declaró al demandante válidamente afiliado a Colpensiones entidad que además deberá actualizar la historia laboral una vez reciba los dineros; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP en suma de \$3.488.740.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la apoderada de Porvenir S.A. la recurre para que se revoque en su totalidad, ya que el demandante fue asistido dentro del interrogatorio de parte, por lo que deben tenerse por ciertos los hechos susceptibles de confesión con ocasión a las preguntas realizadas al actor; se vulnera el principio de legalidad debido a que se exigen requisitos legales establecidos de manera posterior al acto de afiliación; no es dable atender la ineficacia del traslado cuando no se demuestra el menoscabo a los derechos del futuro pensionado; en caso de que se mantenga la decisión de ineficacia, debe revocarse la condena de pago de administración, ya que aquellos se realizaron de conformidad al mandato legal, sin que en la actualidad tenga esos dineros en su poder, por lo que debe respetarse la gestión adelantada, debido a que se cumplió con la finalidad que no era otra que causar los rendimientos financieros.

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 los que adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; la declaración injustificada de nulidad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Porvenir S.A. señaló que la devolución de los gastos de administración es improcedente por ser parte de las restituciones mutuas, pues son dineros que no están llamados a financiar la prestación pensional, a más que los dineros de los seguros previsionales se cancelaron a las aseguradoras de acuerdo a las previsiones legales.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones en los alegatos hizo referencia a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 68 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 3); 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 22 de agosto de 1997 efectivo a partir del 1° de octubre del mismo año a la AFP Porvenir S.A.. (fl. 81) 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 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 "PORVENIR S.A. en la época no ofreció información clara sobre la forma de pensión", 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 distinguos 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 2 de agosto de 1997 efectivo a partir del 1º de octubre del mismo año (fl. 81). 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.

El demandante al absolver interrogatorio dijo que es licenciado en educación, estuvo afiliado a una caja de previsión antes de afiliarse al fondo privado, en el momento de cambio de régimen se le dijo que era lo mismo la AFP que

Colpensiones, pero no les hablaron de las diferencias entre uno y otro; pese a que cotiza sobre 3 SMLMV, la proyección pensional actual arroja como valor de la mesada es 1 SMLMV; estando a portas de pensionarse fue que conoció las condiciones en las cuales se va a pensionar; quiere regresar debido a que inicialmente no le dieron la información para tomar la información justa y el monto de la mesada pensional; no conoce de los requisitos pensionales en la actualidad; no está pensionado, sigue realizando aportes en pensión; al suprimirse el fondo de la gobernación lo trasladaron; hace 20 años labora de manera independiente; el único contacto con Colpensiones fue el derecho de petición que elevó para volver a estar en el RPMPD; debido a que supo que se pensionaría con el mínimo, buscó un abogado para lograr el traslado vía judicial; el formulario venía diligenciado por la oficina de personal de la Gobernación y lo único que hizo fue firmarlo; Porvenir S.A. en la época del traslado no tenía oficina en San Andrés Islas.

Efectivamente, mientras el demandante rindió el interrogatorio, un tercero que se encontraba en el lugar intervino en una de las respuestas, al indicar que debía decir "tumbado" -sin que el actor acogiera esa expresión-, por lo que el juez en ese momento adoptó las medidas correctivas, sin que con posterioridad a ese instante de la práctica de la prueba, alguien más interviniera, continuando la declaración de manera espontánea.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 98 (archivo 06 C.D. fl. 2) 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 realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 98 (archivo 06 C.D. fl. 2) 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, 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

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.

debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las 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 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).

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 GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado