

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 CLARA LEONOR GONZÁLEZ LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, el Tribunal procedió a dictar el 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 por el Dr. Jhoan de Jesús Olaya Salazar identificado con C.C. No. 1.088.237.849 y la T.P. No. 223.845 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 la demandante contra la sentencia del siete (7) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

María Clara Leonor González López presentó demanda por intermedio de apoderada judicial contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia se reliquide la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; teniendo en cuenta para ello una tasa de reemplazo del 90% aplicada al IBL de toda la vida laboral. Por tanto, se condene a Colpensiones al pago de las diferencias pensionales y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos vistos a fls. 1 y 2 (archivo 01 C.D. fl. 2) que en síntesis expresan que: cotizó en el ISS 1.402 semanas y le fue reconocida la pensión de vejez el 2 de marzo de 2008, a través, de resolución 30309 de 2012, con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993; la prestación se liquidó teniendo en cuenta 1.395 semanas, un IBL de \$1.660.328 y una tasa de reemplazo de 71.20%, lo cual arrojó una mesada de \$1.182.154 para el año 2008; debido a que es beneficiaria del régimen de transición, el reconocimiento prestacional debe realizarse en aplicación del Acuerdo 049 de 1990; elevó reclamación administrativa pero la administradora del RPMPD no ha dado respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones (archivo 07 C.D. fl. 2) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que a

la demandante le fue reconocida una pensión bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, en los términos narrados en los hechos, la reclamación administrativa y la ausencia de respuesta. Como medios de defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, innominadas o genéricas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo pedido 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, (folio CD. 2), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda e impuso costas a la activa en suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora la recurre en razón a que debe considerarse que la demandante al 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años, por tanto, es beneficiaria del régimen de transición, pues aunque se trasladó al RAIS, retornó luego de ello al RPMPD; obsérvese que la justicia ordinaria ha previsto la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en especial, a la pensión de vejez con régimen de transición, máxime cuando los cambio de régimen se originaron en la poca información suministrada por el fondo de pensiones, lo cual aconteció en el presente asunto, puesto que, la demandante por una omisión de la AFP se trasladó de régimen, lo que hoy le acarrea un perjuicio en el reconocimiento del derecho pensional, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que deben retrotraerse las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiera celebrado eliminando los efectos de dicha afiliación, de otro lado el retorno al RPMPD con el beneplácito de la ley que realizó la activa implica que conserva los mismos derechos que tenía, entre ellos la transición, dado que cotizó más de 750 semanas al 2005.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada presentó alegatos en esta instancia, en los que solicita se conforme la decisión recurrida.

Por su parte, el extremo actor adujo que en el presente asunto “debe aplicarse la protección que se ha establecido para los casos en los que se ha declarado la ineficacia de las afiliaciones realizadas al RAIS”.

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

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

PENSIÓN DE VEJEZ - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

El eje medular de la controversia consiste en determinar si la demandante perdió o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por no reunir la densidad de semanas necesarias para tal fin; y en caso de haberlo conservado, establecer si cumple con los requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, para conceder la prestación.

Al tema es oportuno remitirnos al criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, en la que se indicó:

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

Criterio reiterado en la sentencia C-1024 de 2004 y en la SU-062 de 2010 y SU -130 de 2013. Jurisprudencia conforme a la cual solo es posible que una persona

se cambie de régimen sin perder la calidad de beneficiario del régimen de transición en la medida en que acredite que a 1° de abril de 1994 cuenta con más de 15 años de cotizaciones o servicios.

En el caso que nos ocupa se tiene que la demandante nació el 1° de marzo de 1953, como se acredita con la copia del registro civil de nacimiento visible a folio 2 (archivo 002), luego a 1° de abril de 1994 contaba con más de 41 años de edad, lo que en principio la haría beneficiaria del régimen de transición, de no ser porque como lo manifiesta la resolución 30309 del 19 de septiembre de 2012, mediante la cual se reconoció la pensión vejez, estuvo afiliada al RAIS, por lo que al retornar al RPMPD no recuperó el régimen de transición, ya que tenía más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Así, al examinar la Sala, la historia laboral actualizada al 20 de febrero de 2020, se constata que a 1° de abril de 1994 la actora contaba con 686,84 semanas cotizadas al otrora ISS (archivo 11). Deviene de lo anterior, que tal y como lo determinó la juez de primer grado, a la demandante no es beneficiaria del régimen de transición.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Solicita el extremo demandante se proceda a la ineficacia del traslado de régimen a cusa de la omisión del deber de información. Súplica que resulta nueva dentro del proceso, pues no fue parte de la fijación del litigio la mencionada nulidad de traslado, por lo que incluirla dentro de la controversia en esta instancia, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:

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

Colorario de la anterior, se confirmara la sentencia recurrida.

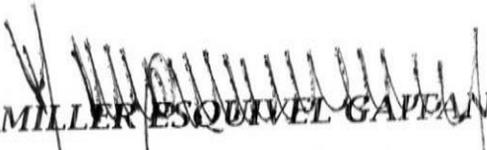
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
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 MARÍA VICTORIA LÓPEZ MORENO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

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

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, contra la sentencia del 23 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esta entidad.

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

María Victoria López Moreno, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia al acto de afiliación o traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS con la AFP demandada, ante el incumplimiento en el deber de

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

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 7 de noviembre de 1962, se afilió y realizó cotizaciones al ISS desde el 2 de septiembre de 1988; se trasladó del RPMPD al RAIS el 15 de mayo de 1995, cuando fue visitado por un asesor comercial de la AFP Colfondos S.A., en su lugar de trabajo, que no tenía las calidades, idoneidad y conocimiento adecuado para ofrecer una afiliación a pensiones; que en el momento de la afiliación no se le suministró información suficiente, mínima, clara y necesaria que le permitiera tomar una decisión objetiva que se ajustara a sus intereses de trasladarse, es decir se incumplió en el deber legal de información; que nunca se le dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios en cada uno de los regímenes pensionales, tampoco se le hizo un comparativo sobre las ventajas o desventajas, ni mucho menos se le indicó sobre las consecuencias jurídicas del traslado, no se le brindó una información sencilla, ni comprensible sobre el particular. Señala mediante comunicación del 5 de diciembre de 2018, se le realizó una simulación pensional y se le indicó que a la edad de 57 años su pensión sería aproximadamente de \$1.604.916 y al realizar los cálculos sobre el valor de la prestación que podía obtener el RPMPD sería de aproximadamente \$3.542.740,50, teniendo en cuenta el ingreso base cotización, lo cual refleja un detrimento en el valor de la prestación pensional; y que el 5 de marzo de 2020, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen por la ineficacia de la afiliación al RAIS, la cual fue respondida negativamente en la misma fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls. 63 a 108 del expediente digitalizado, cd fl 2); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación inicial en el RPMPD con el ISS, la reclamación administrativa y la respuesta negativa ofrecida. Como excepciones propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado (cd fl 2), en que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de RPMPD al RAIS, efectuado por la señora María Victoria López Moreno a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, efectuada el 15 de mayo de 1995; como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez,

vejez y muerte a Colpensiones; ordenó a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada antes nombrada, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, solamente Colpensiones la recurre en apelación, afirmando que en el presente asunto no se reúnen los requisitos para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que no se demostró por la promotora los vicios del consentimiento, sin hubiese lugar a la inversión de la carga de la prueba. Agregó que cualquier daño causado a los afiliados debe ser resarcido por la AFP y no por Colpensiones, ya que es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de Colfondos. Dijo que de aceptarse el retorno de la accionante al RPMPD se generaría una descapitalización que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Indicó que la actora no probó el perjuicio ocasionado con el traslado de régimen, el cual se dio de manera libre y voluntaria, lo que se corrobora con la permanencia de la demandante en el RAIS por más de 26 años.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

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

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

Colpensiones interpone recurso de apelación afirmando que no se configuran los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia deprecada por la actora, dado que el traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria y ésta no demostró vicios del consentimiento; empero, lo cierto es que era Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura sobre cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, ratificada en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292), ya que es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de Colfondos S.A., decisión que no mereció reparo alguno por parte de dicha AFP en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, incluyendo lo relativo a la supuesta descapitalización del régimen derivado de la declaratoria de ineficacia; así como lo que correspondiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, punto que fue apelado por la parte demandante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas

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

de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

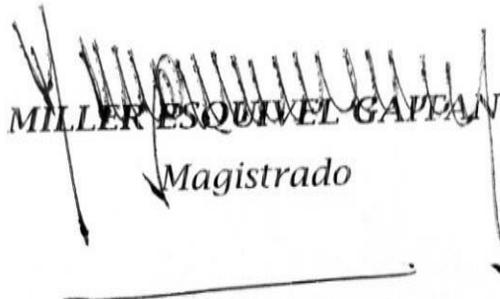
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo. *Costas de la instancia a cargo de la recurrente Colpensiones, en favor de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de ésta.*

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLOR ALBA LANCHEROS LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

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

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco 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

Flor Alba Lancheros López, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. en consecuencia, se condene a la AFP a devolver saldos con todos sus frutos e intereses, en consecuencia, debe recibir y afiliarse a la activa, reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 28 de enero de 2020 de conformidad con la ley 797 de 2003 en 14 mensualidades, junto con los intereses moratorios, la indexación de las condenas, Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 10 (C.D. fl. 2 archivo 05), en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de enero de 1963, cotizó al otrora ISS entre el 13 de diciembre de 1979 y el 31 de julio de 1994, cotizando 654 semanas, se afilió a Porvenir S.A. el 22 de junio de 1994, sin recibir ningún tipo de asesoría y/o información, clara, concreta y exacta de cuánto dinero debía ahorrar, el monto de la pensión al que accedería al cumplir los requisitos, cuáles serían sus derechos y los de su núcleo familiar, las ventajas, desventajas, riesgos y demás características, que se presentarían al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional, ya que únicamente se le manifestó que podía pensionarse a la edad que deseara, a más de que la administradora del régimen público se iba a acabar; el formulario de vinculación solo contenía espacios para diligenciar, sin que constara información de los beneficios, sin que se registrara aquella en documento alguno; en la actualidad permanece afiliada a la AFP, contabilizando en total 1966 semanas cotizadas, de las cuales 1303 lo fueron al RAIS; el entonces ISS también omitió el deber de afiliación; elevó varias peticiones a las demandadas, entre ellas solicitud de ineficacia de traslado de régimen, la cual se resolvió de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas archivo 11 (C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al RPMPD por medio del 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 errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones archivo 26 11 (C.D. fl. 2) en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP y aclaró previo a ello cumplió con el deber de información, de igual manera aceptó las peticiones elevadas por la actora indicando que se atenía al contenido expreso de aquellas y sus respuestas. Incoó las excepciones perentorias que enlistó así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 10) absolvió a las demandadas de todas las pretensiones e impuso costas a la demandante en cuantía de \$200.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el extremo demandante la recurre en atención a que el reconocimiento de la pensión acaeció luego de presentada la demandan y con ocasión a la emergencia sanitaria causada por Covid-19, toda vez que, el empleador terminó el contrato de trabajo, por lo que solicitó procedió a realizar los trámites tendientes al pago de la prestación pensional.

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 que solicitó se conforme la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

*De manera, que siguiendo la línea jurisprudencial referida, la sola suscripción del formulario de afiliación visible a folio 100 (C.D. fl. 2 archivo 26) no acredita el cumplimiento de la obligación de información exigible a la **AFP Porvenir S.A.**, no obstante lo anterior, se evidencia a folio 190 (C.D. fl. 2 archivo 26) certificado emitido por el fondo de pensiones en el que se anota: "FLORALBA LANCHEROS LOPEZ (...) se le aprobó la SOLICITUD POR PENSIÓN DE GARANTÍA MÍNIMA a partir del 31 de agosto de 2020 y actualmente se encuentra bajo la modalidad de Retiro Programado con una mesada pensional por \$908,526.00"*

Sobre el particular debe recordarse que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021 Rad. 84475, indicó lo siguiente:

“...si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

(...)

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

(...)

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil, Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el

demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

*Bajo los anteriores derroteros, es claro que 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, consecuencia jurídica que **no** puede aplicarse en el caso de aquellos afiliados que dejaron de serlo debido a que ostentan en la actualidad, la calidad de pensionados.*

Nótese que en el presente asunto se le comunicó a la demandante que la fecha de redención del bono pensional sería el 28 de enero de 2023, y aun así en agosto de 2020, petitionó el reconocimiento de la pensión de garantía mínima (fls. 164 a 175 C.D. fl. 2 archivo 26), la cual se paga desde octubre del mismo año (fls. 176 a 178), situación que expresa su voluntad de mantener la afiliación en el RAIS, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado.

Esgrime la parte actora, que se vio avocada a solicitar la prestación a causa de la actual emergencia sanitaria. Si bien no desconoce la Sala las condiciones actuales, no menos cierto es, que el asunto se viene tramitando desde el 10 de julio de 2020 (archivo 02), sin que la señora Lancheros López, dejara constancia dentro del trámite a través de su abogado las circunstancias forzosas que la llevaron a reclamar la pensión.

Debe resaltarse que, desde el requerimiento a la AFP en agosto de 2020, a junio de 2021, cuando el fondo de pensiones fue notificado de la controversia jurídica

suscitada entre las partes, no se puso de presente la calidad de pensionada, hecho que sólo se develó con la contestación de la demanda.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión recurrida.

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA CLEMENCIA LEÓN HERNÁNDEZ 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

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

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

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

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete

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

Dora Clemencia León Hernández, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., así como los posteriores traslados horizontales. En consecuencia, se condene a Protección S.A a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual como bonos aportes, rendimientos y comisiones, y a ésta última a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6, en los que en síntesis se indica que: nació el 9 de junio de 1964; realizó aporte al otrora ISS entre marzo y julio de 1989, luego de ello cotizó por medio de la Caja de Previsión Social del Distrito; en febrero de 1996 se trasladó a Porvenir S.A., fondo de pensiones que no le informó acerca de las implicaciones del cambio de régimen, la naturaleza del régimen de capitalización, las desventajas de esa afiliación, los escenarios comparativos entre regímenes pensionales, las ventajas de permanecer en el RPMPD; luego realizó aportes en el RAIS, a través de las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., las cuales incurrieron en las mismas omisiones que Porvenir S.A.; durante la permanencia en el régimen privado no recibió asesoría completa y comprensible de las alternativas pensionales; elevó solicitudes a todas las demandadas para que anularan la afiliación al RAIS, lo cual se resolvió desfavorable a sus intereses; a la presentación de la demandada contaba con 1405 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones S.A. a través de escrito incorporado a folios 144 a 165; se opuso a todas las pretensiones. En

cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la activa, la filiación al ISS, la reclamación administrativa y su respuesta, sobre los demás dijo que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones perentorias, que denominó, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 179 a 193, en cuanto a los hechos aceptó la filiación de la demandante a esa AFP, delos demás manifestó no son ciertos o no constan. Como excepción previa propuso, ineptitud de la demanda por indebida representación de la demandante y de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Protección S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 203 a 216, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a ese fondo de pensiones y la petición de nulidad de la vinculación elevada por León Hernández. Incoó las excepciones de fondo 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y 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

A su turno, Colfondos S.A, a través de escrito incorporado a folios 256 y 257, 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.

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. 254) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 4 de febrero de 1996; condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y a ésta última a recibir los dineros y activar la afiliación; declaró no probadas las excepciones propuestas; Condenó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre para que se revoque las condenas, toda vez, que la afiliación de la demandante al RPMPD afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, máxime cuando el único motivo de descontento radica en el monto final de la mesada pensional, factor variable en el RAIS, que no constituye una lesión injustificada a sus derechos pensionales, pues el que sus expectativas no concuerden con lo ahorrado, no es determinante para invalidar el acto que libre y voluntariamente suscribió y ratificó; de no acogerse los anteriores argumentos, solicita se aplique de manera integral la jurisprudencia en el sentido de condenar a la administradora actual de la demandante a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisión por sus propias utilidades, tal como lo ha manifestado la Corte.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presento alegatos en esta instancia, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva.

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

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

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

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que la parte actora se afilió al RASI de manera libre y voluntaria; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir 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), por ser 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, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad respecto de la aplicación integral del precedente judicial y 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 civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo

restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que es 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. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.

En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, empero, como la sentencia apelada no ordenó la devolución de los gastos de administración, procederá la Sala a fulminar condena en este sentido, respecto de todas las encartadas en atención a que Colpensiones solicitó se de aplicación integral al precedente fijado para la materia, el cual ha determinado que todas las administradoras de pensiones a las que el afiliado se hubiere afiliado, deben realizar la devolución de los referidos gastos de administración.

De manera que, se ordenará a las AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás, 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). Es de advertir que, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que

no se configura en el sub examine, toda vez, que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada en el RAIS Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GATTAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ AMANDA LAVERDE SABOGAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

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 6 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo 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

Luz Amanda Laverde Sabogal, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de

aseguradora, asumiendo con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital, y a ésta última, a recibir la afiliación. Finalmente solicita se condene lo que resulte probado ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 197 a 219 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: cotizó a pensión por medio de empleadores públicos, desde el 27 de agosto de 1983, siendo Cajanal la última administradora a la que hizo aportes previo al cambio de régimen; suscribió con Porvenir S.A. dos formatos de vinculación, el primero en 1999 y el segundo en 2004; los asesores de horizonte acudieron a su lugar de trabajo, a explicarle las condiciones favorables en materia pensional en el RAIS, entre estas, la posibilidad pensionarse antes de la edad establecida para él RPMPD, sin requisitos adicionales, ya que la mesada sería superior a la del régimen público, pero omitieron señalar que se encontraba sujeta a los rendimientos del capital y la incidencia de la expectativa de vida de los beneficiarios de ésta, incumpliendo su deber de información pues no estuvo al tanto de las ventajas y desventajas de la decisión por lo que su consentimiento estuvo viciado; en marzo de 2018 solicitó a porvenir la proyección de la pensión época para la que se estableció en cuantía de un SMLMV, lo que resulta inferior a la que obtendría en Colpensiones, y lesivo ya que dicho suma apenas asciende al 30% del IBC actual, lo que pone en riesgo el mínimo vital propio y el de su núcleo familiar, solicitó a Colpensiones, entidad que informó que verificaría si era posible acceder a la solicitud en virtud de la sentencia SU 62 de 2010; a la presentación de la demanda tenía 62 años de edad y 22 de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 122 a 132 (C.D. fl. 2 archivo 01); en cuanto a los hechos manifestó que la activa nunca ha estado afiliada RPMPD, aceptó la reclamación administrativa y su respuesta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada o genérica.

Mediante auto del 21 de mayo de 2021 (fls. 275 a 279) se tuvo por no contestada la reforma de la demandan a Porvenir 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 la nulidad o ineficacia del traslado que realizó la demandante el 1º de abril de 1996; condenó al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación del 27 de agosto de 1983; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a Porvenir S.A. en suma de 2 SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre para se revoque en su totalidad. ya que, la información que se le brindó a la demandante en el año 1996 fue completa, clara y comprensible, sin embargo, se declaró una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, que habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, sin que se acreditara dentro del proceso que Porvenir S.A. en el año 1996 atentó contra esa libertad de la afiliada, por el contrario, la actora en uso de la libre escogencia, seleccionó a Porvenir S.A. para la administración de sus aportes pensionales; el formulario de afiliación es un documento válido público que se presume auténtico, el cual no fue tachado de falso, además era el único requisito para la data de la vinculación que soporta la información suministrada, de manera que entonces debe indicarse, cuál es esa prueba para demostrar que la demandante ha estado válidamente vinculada al RAIS puesto que no puede el fondo de pensiones fabricar una prueba como lo hacen “los demandantes”; la accionante sólo exteriorizó su inconformidad con el régimen privado hasta que conoció el valor de la pensión; la señora Luz Amanda se encuentra inmersa en la provisión legal de la ley 797 del 2003; se condenó a hacer entrega de los gastos de administración, castigando la gestión de la AFP

durante 24 años, cuando en el RPMPD también se autoriza el descuentos de estas sumas, atendiendo a que estos gastos de administración, incluyendo las sumas del seguro previsional, no forman parte integral de la pensión, por lo que incluso estarían prescritos.

Colpensiones considera que en virtud de las pruebas aportadas es evidente que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por cuanto, suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación; se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2° de la ley 797 del 2003; la afiliación de la demandante descapitaliza el fondo común RPMPD dado que no contribuyó por lo que desfinanciaría el RPMPD; con la libre escogencia régimen aceptó todas las condiciones de este y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este tema no es argumento suficiente para alegar la nulidad, cabe recordar que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; a partir del año 2014 se impuso el deber de información; la señora Laverde Sabogal permaneció más de 24 años en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna de pertenecer al mismo; como petición especial de accederse a las pretensiones de la demanda el señor solicitó que de mantener la decisión apelada, también lo sea la devolución de los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración por el periodo en que permaneció afiliada al fondo privado.

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.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Colpensiones S.A. y Porvenir S.A. hacen referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 67 años de edad, en tanto nació el 8 de octubre de 1954

conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 22 C.D. fl. 2 archivo 01); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 1º abril de 1994 efectivo ese mismo día a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. fl. 180 (C.D. fl. 2 archivo 01) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en los recursos 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 a través de sus promotores o asesores de afiliación, incumplió con una de sus obligaciones legales, cual es, suministrar a sus potenciales clientes una información adecuada suficiente y cierta", 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 Horizonte hoy Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 1º de abril de 1994, efectivo a partir de ese mismo día, mes y año fl. 180 (C.D. fl. 2 archivo 01). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que la información recibida no fue clara, pese a que los promotores de la AFP acudieron a su lugar de trabajo y realizaban charlas grupales e individuales, en las que le manifestaron que se pensionaría a la edad que quisiera, con una mesada pensional más alta a la que eventualmente percibiría en el ISS, por lo que en atención a esa confianza hacia el fondo de pensiones, sólo acudió en el año 2018 de manera presencial a la AFP para acceder a la prestación pensional, y allí se le comunicó que recibiría un SMLMV, fue en ese momento en el que se informó también de los requisitos para causar la pensión de vejez en Colpensiones; aseguró que el fondo privado la engañó, ya que, de haber conocido las consecuencias del cambio de régimen no hubiere accedido.

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

cumplimiento de la obligación pensional, punto que fue objeto de estudio por la juez de primer grado en la sentencia y no, la sanción de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que abogada de Porvenir S.A. erróneamente, alega en la alzada.

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 177 (C.D. fl. 2 archivo 01) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. 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 177 (C.D. fl. 2 archivo 01) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar de 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 Horizonte hoy Porvenir 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 que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural

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

que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante

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

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

Por último, ante la estimación que hace la apoderada de Porvenir S.A. en cuanto a que “los demandantes” de este asunto y de la mayoría que se tramitan debatiendo el punto de derecho que nos convoca, “fabrican pruebas”, cabe advertir que si la profesional del derecho conoce de alguna conducta dolosa que atente contra la administración de justicia y no la ha denunciado, debe hacerlo, en caso contrario deberá abstenerse de realizar afirmaciones que no pueda probar.

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.

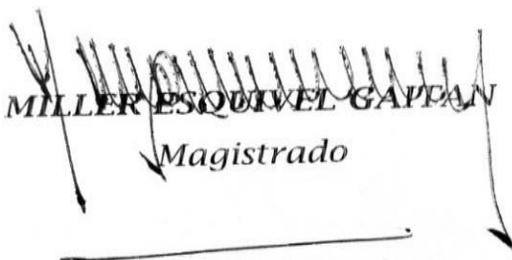
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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