

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 FRANCISCO CRISTÓBAL VELÁSQUEZ PINZÓN CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES*

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete 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

Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida, en

cuantía de \$2.483.033,00, que se obtiene al aplicar una tasa de reemplazo del 90% a su IBL actual, a partir del 4 de junio de 2016; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 4 de junio de 2019 solicitó ante Colpensiones que le fueran reconocidas 365 semanas que cotizó trabajando en el antiguo DAS durante el periodo 1953 a 1960, lo que le hubiera representado una pensión más alta a partir de la fecha en que alcanzó el estatus de pensionado (28 de marzo de 1990), al completar más de 1250 semanas que le darían derecho a una tasa de reemplazo del 90% y no del 81%, como le fue reconocida en la Resolución N0. 01105 del 28 de marzo de 1990; a través de acto administrativo del 20 de agosto de 2019 Colpensiones otorgó un pequeño reajuste pensional efectivo desde el 4 de junio de 2016, aplicando la figura de la prescripción; decisión que fue confirmada a través de resolución emitida el 30 de octubre de 2019.

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 7 del expediente digital). Aceptó los hechos planteados, excepto los relacionados con la tasa de reemplazo y el IBL pretendidos por el actor. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, 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 12 del expediente digital) en la que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; en consecuencia, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra por Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón; condenando en costas a este último.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que los aportes realizados a la entonces Cajanal fueron trasladados a Colpensiones, por tal razón, no es cierto que la entidad aquí accionada no cuente con los recursos para financiar la reliquidación petitionada.

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 manifestando que, para el cálculo de la prestación reconocida al actor, sólo pueden tenerse en cuenta las semanas exclusivamente cotizadas al ISS, es decir, 1113 semanas, lo que arroja una tasa de reemplazo del 81%, sin que puedan computarse las 365 laboradas para el extinto DAS.

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

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

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante Resolución No. 1105 del 28 de marzo de 1990 el ISS, hoy Colpensiones, otorgó a Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón una pensión de vejez a partir del 12 de marzo de 1990, en cuantía inicial de \$132.046,00, cuya liquidación se basó en 1.114 semanas y un IBL de

\$163.020,00; de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año. Prestación que fue reliquidada a través de Acto Administrativo SUB 225761 del 20 de agosto de 2019, en la que se reconoció un IBL de \$164.503,00, una tasa de reemplazo del 81%, y como fecha de efectividad se tomó el 4 de junio de 2016 en aplicación del fenómeno prescriptivo, lo que arrojó una mesa en cuantía de \$1.895.583,00 para el año 2016. Decisión que fue confirmada a través de la Resolución SUB 277616 del 8 de octubre de 2019.

También se encuentra acreditado que el demandante nació el 11 de marzo de 1930, tal como se establece con su la copia de su cédula de ciudadanía.

Corresponde a la Sala dilucidar si procede o no la reliquidación de la mesada pensional reconocida al demandante bajo los parámetros del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, sumando para el efecto tiempos privados con tiempos públicos no cotizados al entonces Instituto de Seguros Sociales.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Para resolver lo pertinente, la Sala advierte que resulta acertada la decisión proferida por el fallador de primer grado al no permitir la acumulación de tiempos públicos y privados a fin de acceder a la reliquidación de la pensión de vejez concedida al amparo del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, en tanto que la norma en mención tan sólo permite la contabilización del número de semanas efectuado al ISS, hoy Colpensiones, excluyendo los tiempos públicos, pues para eso el legislador creó el régimen que permite dicha acumulación, en la medida que se contabilizan no sólo aportes sino tiempos de servicio al sector oficial, cual es la Ley 71 de 1988. Precisando desde ya que estos son regímenes disímiles, con requisitos diferentes y beneficios igualmente diversos.

Acceder a las pretensiones de la demanda, desconocería la existencia de varios regímenes pensionales antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, que tienen características propias y destinatarios diferentes, como se anotó, e igualmente en el caso analizado no es posible aplicar el principio de favorabilidad, en tanto que éste enseña que en caso de conflictos o duda sobre la aplicación de normas vigentes de

trabajo, se aplica la norma más favorable al trabajador, y la norma que se escoja debe aplicarse integralmente (art. 21 del CST), lo que es conocido como el principio de inescindibilidad o conglobamento, porque al aplicar lo favorable de cada norma, en este caso régimen pensional, se está creando uno nuevo, que no es la función del juez (Art. 230 CP). “Es requisito que el conflicto se suscite entre dos o más disposiciones vigentes, del mismo rango y reguladoras de la misma situación, pero no con diferentes consecuencias jurídicas” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. No. 14581). Y, ¿por qué no es aplicable dicho principio? por la sencilla razón que no se está ante la duda de cuál régimen se aplica al caso concreto, sino que claramente lo que se trata es de confundir o hacer una mixtura de dos situaciones incomparables, lo que conlleva a crear un nuevo régimen.

Por eso el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, es prístino al indicar que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe acreditar, además de la edad, un número mínimo de semanas cotizado al ISS, hoy Colpensiones, sin que admita el aporte a otras cajas de previsión social o tiempos de servicios a entidades oficiales, como sí lo permite la Ley 71 de 1988, que es otro régimen. El Acuerdo 224 de 1966 fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, exclusivamente para dicha institución, y en ninguna de sus normas se previó que las semanas de cotizaciones podían ser acumuladas con tiempos de servicios al Estado, mal habría sido, ya que para esa situación el legislador expidió el régimen pertinente (Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985), basta mirar lo consagrado en el artículo 1º, para inferir que en este acuerdo no se permite tiempo de servicios al sector oficial o cotizaciones a otras cajas de previsión.

Ahora, no desconoce la Sala el criterio expuesto tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, interpretado en su tenor literal, no impide incluir para la causación de la pensión de vejez, los tiempos públicos cotizados o no al ISS. Empero, tal criterio no resulta aplicable al sub examine, como a continuación pasa a explicarse.

En las sentencias T-090 y T-398 de 2009 la Corte Constitucional señaló que el régimen de transición, solo previó la aplicación de las normas del régimen al que venían afiliados, en tres tópicos: edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto (entendido como tasa de reemplazo o retorno); sin que se

mencione la acumulación de tiempos públicos y privados en cualquiera de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo que para resolver ese punto, debe acudir al literal f) del artículo 13 de la Ley 100, que posibilita sumar períodos de labor en los sectores públicos y privados; el cual resulta más favorable. Posición que tomó más fuerza cuando se proferieron las providencias de unificación SU-769 de 2014 y SU-057 de 2018 en las que el máximo Tribunal Constitucional, reiteró la intelección explicada, por ser la que en mejor proporción garantiza el efectivo goce de derechos fundamentales de alto raigambre, como la seguridad social.

En similar sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1947 de 2020 indicó que la posición jurisprudencial de la Corporación apuntó a la improcedencia de acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos de servicios públicos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en el entendido de que dicha norma no previó expresamente dicha posibilidad, sin embargo, en la aludida providencia modificó el anterior precedente, por cuanto señaló que el régimen de transición protegió las expectativas legítimas de causar la pensión según los requisitos de edad, tiempo y monto consagrados en los regímenes anteriores, mientras que las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por lo que la forma de computar las semanas es la consagrada en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de dicha Ley, que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, cambio de criterio que la Corporación estimó acorde al mandato de protección del derecho a la seguridad social.

El citado cambio de postura jurisprudencial fue ratificado con la sentencia SL1981 de 2020, providencia en la cual la H. Corte Suprema de Justicia reiteró que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) al que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos

cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas aun cuando no fueron cotizados, criterio que ha sido reiterada entre otras en las sentencias SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020.

Luego, es claro que el criterio expuesto por esas dos Altas Corporaciones se cimienta en un supuesto: la vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 habilita la aplicación de las disposiciones consagradas en dicha norma a efecto de computar los tiempos (públicos o privados) para acceder a prestaciones concedidas al amparo del régimen de transición. Premisa que no se configura en el presente asunto, pues recuérdese que al momento en que Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón accedió a la prestación por vejez (12 de marzo de 1990) ni siquiera había sido expedida la Ley 100 de 1993, menos aún puede afirmarse que la pensión le fue otorgada al amparo del régimen. Circunstancia que impide acudir a las disposiciones del Sistema General de Pensiones a efecto de proceder con la sumatoria de tiempos laborados con empleadores del sector público, con las semanas cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado; no sin antes señalar que la manifestación realizada por el demandante en su apelación carece de respaldo probatorio y, en todo caso, de haberse probado el giro de recursos, tal circunstancia, per se, no daría lugar a la reliquidación petitionada.

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.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
~~Magistrado~~

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
~~Magistrado~~

[Handwritten signature]

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 RITO ALBERTO TORRES MOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CENSANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), 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 el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada María Claudia Tobito Montero quien se identifica con C.C. No 1.020.786.735 y la T.P. No. 300.432 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo 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

Rito Alberto Torres Moya, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos con los rendimientos generados; debiendo esta última entidad aceptar dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de junio de 1958; el 24 de noviembre de 1982 se afilió al ISS; el 12 de abril de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir SA; cuenta con más de 1300 semanas cotizadas; los asesores de la época no le informaron sobre las características de uno y otro régimen pensional; el 25 de octubre de 1994 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir; el 20 de marzo de 1998 se afilió a la AFP Davivir, hoy Protección SA; el 15 de abril de 2002 se trasladó a Colfondos SA; el 22 de diciembre de 2008 retornó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el 2 de abril de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta 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 1

del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, su traslado de régimen y entre administradoras del RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor al RAIS y de su afiliación a la AFP Davivir, así como su traslado a Colfondos; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación a Davivir, hoy Protección; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica.

En similar sentido, Porvenir SA contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en la demanda (archivo 1 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

Finalmente, Colfondos SA se opuso a los pedimentos de la demanda (archivo 2 del expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, 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 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 16 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 12 de octubre de 1994, por intermedio de Porvenir SA; así como el realizado el 25 de octubre de 1994 con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el del 20 de marzo de 1998 a la AFP Davivir, hoy Protección SA; el del 15 de abril de 2002 con destino a Colfondos SA; y el posterior retorno a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, con fecha 22 de octubre de 2008. Condenó a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos rendimientos, incluidos los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir al actor en el RPMPD sin solución de continuidad desde su inicial afiliación al ISS. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones manifestó que era la voluntad del actor pertenecer al RAIS, tal como se desprende de la suscripción del formulario de afiliación y de su tiempo de permanencia en ese régimen; y, en todo caso, los presuntos vicios generados en la firma del contrato ya se encuentran saneados. Indicó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Dijo que, al momento del traslado de régimen, el único requisito que se exigía a la AFP era la firma del formulario.

Porvenir SA argumentó que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, dado que el actor no acreditó vicios en el consentimiento. Añadió la AFP que cumplió con todos los requisitos exigidos para la época, como lo son brindar asesoría verbal y firmar el formulario de afiliación, lo cual está probado; aunado a que el accionante efectuó varios traslados horizontales entre administradoras del RAIS, con lo cual ratificó su voluntad de permanencia.

Protección SA indicó que no es posible devolver las comisiones, ya que las mismas fueron descontadas por previsión legal como contraprestación a la

administración realizada; y en caso de devolverse estos dineros, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, lo contrario generaría enriquecimiento sin causa en favor del demandante.

Por último, Colfondos SA afirmó que, debido a su buena gestión, se generaron altos rendimientos, lo que impide la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, además, las primas de seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora, de igual manera, unos dineros fueron enviados al fondo de solidaridad pensional. Añadió que ordenar la indexación de las sumas implica una condena por daños y perjuicios, lo cual no fue debatido y menos probado en el proceso.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, dado que las AFP accionadas no cumplieron con su deber de información.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que 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 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 el demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 9 de junio de 1958, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 12 de octubre de 1994, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, como en forma reiterada lo ha dicho esta sala, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones 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 unas manifestaciones del tipo "los asesores de la época no le informaron sobre las características de uno y otro régimen pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la

parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 12 de octubre de 1994. 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 accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS y que en el año 1994 fue visitado en su sitio de trabajo por unos vendedores de Porvenir, quienes, en una reunión general, le informaron que el ISS se iba a acabar, por lo que debía pasarse a un fondo privado. El asesor de la época le indicó que en el fondo privado tendría mayor rentabilidad y una mejor pensión, y que podría retirar la plata del fondo.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por lo demás precario, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, 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. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones del actor sobre la información brindada consistente en que “obtendría mayores

rendimientos y una mejor pensión”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. 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.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA y por Colpensiones en sus respectivas apelaciones, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni el traslado horizontal entre administradoras, 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 ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 12 de octubre de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

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

Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

Asociado 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, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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 o ineficacia 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; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por las AFP Protección SA y Colfondos SA en sus respectivas apelaciones, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que se generaron altos rendimientos, o que dichos valores fueron deducidos por disposición legal. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y

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.

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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA, incluidos los gastos de administración 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, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 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).

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 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 al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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 conceder a Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

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

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME SOLANO BÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - Y COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado contra la sentencia proferida el 13 de enero de 2022, por el Juzgado Dieciséis 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

Jaime Solano Báez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por esta última, en consecuencia, se condene a dicha AFP, a

devolver a Colpensiones la totalidad de lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos respectivos y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones adujo que nació el 25 de noviembre de 1954; que empezó a cotizar al entonces ISS hoy Colpensiones, a partir del 1° de junio de 1981; que el 30 de enero de 1999, se trasladó al RAIS, por cuenta de una asesora de ventas de la AFP Colfondos, quien se acercó a las instalaciones del empleador, informándole a un grupo de trabajadores, que si se cambiaban de régimen pensional, allí podían obtener mejores beneficios pensionales, tales como un monto superior, a la edad que quisieran, además que la prestación se reconocería de manera vitalicia; que no obstante, la asesoría suministrada no fue veraz, clara, completa, suficiente y oportuna; que al percatarse del error cometido, el 26 de noviembre de 2019, elevó solicitud tanto a Colpensiones como a Colfondos S.A., para regresar al RPMPD, pero dichas entidades la negaron; que se siente defraudado ante el incumplimiento de los deberes de información por parte de la AFP Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones, para lo cual argumentó que, contrario a lo manifestado por el demandante, le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; que también le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. Frente a los hechos adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones de mérito las de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción,

buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier irregularidad y la genérica o innominada.

Por su parte, Colpensiones también se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por la AFP Colfondos S.A., sin ningún vicio del consentimiento tales como “error, fuerza o dolo”, máxime cuando se demuestra la plena voluntad y libertad de escogencia del demandante al momento de decidir trasladarse de régimen pensional. Frente a los hechos dijo que no le constaban, y sólo aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su inicial afiliación y cotizaciones a esa entidad, el traslado y la reclamación administrativa. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.

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, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen del demandante, teniendo como válidamente afiliado al actor al RPMPD, por ende, condenó a la AFP, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo capital, intereses, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y, en general, todo lo que haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas. Finalmente ordenó a Colpensiones a recibir dichos recursos y a validar la afiliación del actor en el RPMPD, e impuso costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Colpensiones la impugnó. Adujo que la ineficacia del traslado de régimen pensional vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que no hay prueba de algún vicio del

consentimiento, máxime que, al haber permanecido tanto tiempo en el RAIS, saneó cualquier irregularidad en el acto de traslado que se pudo cometer, y que, por haber actuado de buena fe, no es viable la condena en costas en su contra.

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

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

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 a la AFP demandada quien tienen 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.

Además, sobre la inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, es un criterio pacífico de la jurisprudencia laboral en este tipo de casos, incluso en aquellos eventos en donde el demandante en sus hechos se refiere tanto a negaciones indefinidas como aquellas que no tienen esa característica. Explicó la Corte:

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,

esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)

Entonces, frente a las manifestaciones del demandante, relacionadas con que la AFP jamás le suministró información veraz, clara, completa, pertinente, suficiente, acorde con su caso particular, le correspondía a dicha demandada acreditar lo contrario por cuenta de su posición dominante como ente administrador que conserva la información y los detalles de las afiliaciones.

Ahora, 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. En tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido en enero de 1999.*

Precisando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.

Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligado a suscribir el formulario de traslado, porque las asesoras de la AFP hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y posteriormente hizo su traslado a Colfondos S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que se le hicieron sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, pero ahora que se enteró del desmedro en el valor de una futura pensión, se encuentra totalmente decepcionado.

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colfondos S.A., al momento de acoger como 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, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que el trabajador confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus, además de esbozarles ventajas generales, pero sin su materialización al caso particular del actor.

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 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones (...)” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, 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.”

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1999, era obligación de la AFP Colfondos S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

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 las 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, o si tenía

una expectativa pensional, 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.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, o el traslado entre administradoras del RAIS, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.

Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).

*También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

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 ineficacia o nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante; 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. De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:

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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia o 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, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, advirtiendo 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).

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA

Sobre el argumento de Colpensiones, relacionado con que esa declaratoria de ineficacia del traslado de régimen afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, la Corte también lo ha descartado, al indicar que eso no es acertado, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a dicha entidad serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las

reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (SL2877-2020).

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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

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.

ADICIÓN

A efectos de evitar controversias futuras y hacer más precisa la orden de condena, como quiera que en este punto fue generalizada, se adicionará la decisión de primera instancia, en tanto que la declaratoria de ineficacia obliga a la AFP demandada, a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el RPMPD. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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,

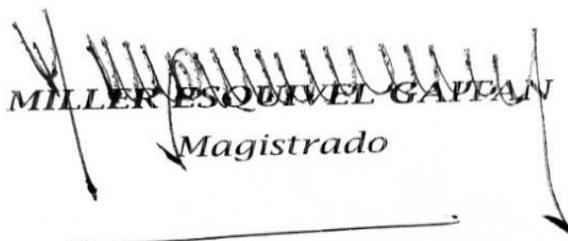
R E S U E L V E

Primero.- Adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada., en el entendido de que la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a COLPENSIONES del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual se le concede a Colfondos S.A., el término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del presente proveído, para que, ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. En todo lo demás se confirma, por las razones expuestas.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JODÉ LIBARDO GARCÍA GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia absolutoria proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno 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

José Libardo García, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por esta última, en consecuencia, se condene a Protección 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.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 6 a 7 (C.D. fl. 2 archivo 02), en los que en síntesis se indica que: nació el 8 de septiembre de 1957; cotizó en el ISS a partir del 1° de febrero de 1978; se cambió de régimen pensional en agosto del 2001 por medio de la entonces AFP Santander hoy Protección S.A., quien no elaboró una proyección de la prestación, ni le informó las consecuencias del cambio de régimen; tampoco le informó sobre las condiciones de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la edad exigida; que solicitó la nulidad de traslado a Protección y Colpensiones, pero la respuesta fue negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones a través de escrito incorporado a folios 1 a (C.D. fl. 2 archivo 09.); se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda; frente a los hechos aceptó el natalicio del actor, la afiliación al ISS, el posterior traslado a Protección S.A., las solicitudes elevadas ante la entidad y la respuesta emitida. Propuso las excepciones la 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, innominada o genérica.

Protección S.A., (C.D. fl. 2 archivo 12), se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos aceptó el natalicio del actor, la afiliación realizada a la AFP, las solicitudes realizadas por el demandante y la respuesta que ésta emitió; formuló como excepciones: falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, con el cual declaró válido el traslado de régimen del actor, y como consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Al final impuso costas de esa instancia al demandante, y como éste no apeló, remitió el proceso a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por haberle sido totalmente desfavorable la decisión de primera instancia.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA PENSIÓN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en el asunto quedó acreditado que: i) el 10 de agosto de 2001, el demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado en ese momento por la AFP Santander hoy Protección S.A.; ii) que en septiembre de 2019, le solicitó tanto a Colpensiones como a la administradora del RAIS, la nulidad del traslado, no obstante en ese mismo mes y año, recibió respuesta negativa de los dos organismos, y; iii) que se encuentra pensionado en el RAIS, a partir de septiembre de 2020, mediante la figura de garantía de pensión mínima.

En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en verificar, si acertó la juzgadora de primera instancia, al declarar válido el traslado de régimen pensional del actor, por cuenta de su actual calidad de pensionado en el RAIS.

Para resolver el interrogante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se

encontraban antes de dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:

(...)

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que 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)¹, 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.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

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

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

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.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

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.

(...)

La anterior tesis ha sido reafirmada por la Corte, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.

No sobra agregar, que el alto Tribunal ha enseñado, que, el pensionado que considera que la AFP del RAIS incumplió el deber de información que le correspondía puede reclamar la reparación de perjuicios que logre demostrar, a través de la respectiva acción indemnizatoria, como lo explicó en sentencia en CSJ SL3871-2021:

Por tanto, el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.

Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.

Así, para la Corte no hay duda de que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos.

Para cerrar, conviene mencionar que el planteo de la exclusividad de la acción indemnizatoria esgrimido por el Tribunal podría tener lugar cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021). No obstante, cuando se trata del afiliado es claro que el mecanismo adecuado es la acción de ineficacia, sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.

Es cierto que, fue totalmente equivocada la conclusión de la juzgadora de primera instancia, al referir inicialmente que, con la sola firma del formulario y la enumeración de las características del RAIS, se satisfizo el deber de información que le correspondía a la AFP demandada, porque con ello desconoce toda la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, de ese documento no es posible deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida, pues el formulario deja por fuera el suministro de datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, ya que, lo que allí se consigna es únicamente sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce una convicción equivocada o sobre bases engañosas o no acordes con la realidad de su propio caso, bien por ignorancia ora por desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema con el que se compete.

Pese a ello, no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque tratándose de un pensionado, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, pero como aquí ello no fue propuesto por el demandante desde el inicio de la acción, la Sala no puede abordar ese análisis, en razón del respecto al derecho de defensa y contradicción del extremo pasivo, que sólo planteó su oposición frente a la súplicas de ineficacia y las consecuencias que de allí se desprenden, pero jamás, puntos alternos, que de estudiarse en esta instancia, se vulnerarían flagrantemente esas garantías fundamentales de las

demandadas, lo que conduce a confirmar la decisión consultada, pero por las razones atrás referidas. expuestas.

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

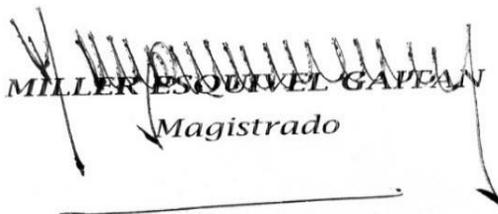
R E S U E L V E

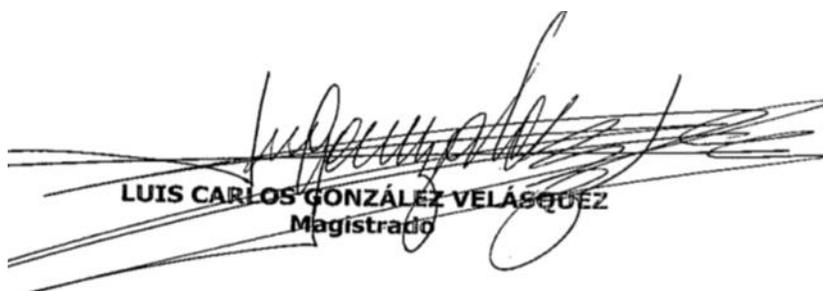
Primero.- Confirmar la sentencia consultada, pero por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

Notifíquese legalmente a las partes.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMENZA SALAZAR BUSTACARA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), 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 19 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno 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

Carmenza Salazar Bustacara, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., en consecuencia, se condene a Provenir 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 y agencias en derecho a las demandadas, lo ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 (C.D. archivo 002), en los que en síntesis se indica que: entre el 30 mayo de 1991 y marzo de 1996, estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social, con la convicción de ser esta entidad más estable para manejar su pensión, por lo que, para esa fecha acumuló un total de 22 semanas cotizadas en el Instituto del Seguro Social; que, para 1996, cuando laboraba en la Empresa Idealtour LTADA, los asesores de la AFP Porvenir S.A le presentaron ese fondo con el argumento según el cual, el ISS se iba a liquidar y perdería lo aportado; que los asesores le ofrecieron el beneficio de intereses altos en sus aportes y que podía sacar dinero en cualquier momento ya que era un ahorro “dinero efectivo”; que en ningún momento le indicaron desventajas o un comparativo entre los dos regímenes; que no le indicaron que podría cancelar o anular su traslado en un tiempo prudente; que tiene un total de 1315 semanas cotizadas a agosto del 2020, en el Sistema General de Pensiones; que el 23 de septiembre de 2020, radicó derecho de petición con radicado 2020_9456343, ante Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado del régimen y, como consecuencia, que se retornara al sistema de reparto simple, de lo cual obtuvo respuesta negativa, el 1° de octubre de ese mismo año; que, el 22 de septiembre de 2020, radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A solicitando se declare la nulidad y se retorne del RPM, con respuesta negativa del 16 de octubre de 2020; que la AFP Porvenir S.A., realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida, arrojando una mesada equivalente al salario mínimo, en comparación con la liquidación efectuada en Colpensiones, que arrojó una mesada correspondiente a \$2.134.977.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones a través de escrito incorporado a folios 2 a 17 (C.D. archivo 009) manifestó ser ciertos los hechos referentes a la afiliación de la demandante al ISS, la totalidad de semanas cotizadas, la presentación del derecho de petición y su respuesta negativa. Incoó como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento

de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica.

Protección S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 02 a 22 (C.D. archivo 010); en cuanto a los hechos aceptó que, para octubre de 1994 (según SIAFP), los asesores de ING hoy AFP Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional a la demandante, frente a los restantes manifestó no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

A su vez Porvenir S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 02 a 26 (C.D. archivo 017); en cuanto a los hechos aceptó lo relacionados con la afiliación a ese fondo, la respuesta negativa a la solicitud de nulidad y la simulación pensional. Como excepciones de mérito 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, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen de la demandante, teniendo como válidamente afiliada a la activa al RPMPD, por ende, condenó a la última administradora del RAIS, esto es, Porvenir S.A., previa devolución de Protección S.A., de las sumas de dinero que descontó por concepto de gastos de administración y seguros de los aportes, a trasladar a

Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositada en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros. Finalmente ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, e impuso costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, los apoderados del extremo demandado la impugnaron: para Colpensiones, la demandante no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media, por un lado, en consideración a que se encuentra dentro de la limitación que trae la L. 797 de 2003, al faltarle menos de diez (10) años para adquirir el estatus pensional por edad, y por el otro, porque, de conformidad con lo manifestado en el interrogatorio de parte, permaneció bastante tiempo en el RAIS, con lo cual, sus diversos movimientos demuestran la intención de permanecer en ese régimen.

Protección S.A., indicó que, la comisión de administración en la prima del seguro previsional es un descuento autorizado en la ley previamente establecido en la ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo séptimo de la ley 797 del 2013, que utilizó tanto para ayudar a apalancar los rendimientos, así como ayudar a garantizar un riesgo a través de un tercero, por ende, no es viable ordenar la devolución de esas sumas de dinero, además de que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Agregó, que esos emolumentos han caído bajo la figura de la prescripción porque no necesariamente tienen que ver con la pensión.

Finalmente, Porvenir S.A., sostuvo que era improcedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, porque no se demostró un vicio en el consentimiento. Indicó, que la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración y prima de real seguros, no es viable porque se trata de conceptos tienen una destinación específica, que se encuentra prevista en el artículo 20 de la L. 100 de 1993, por ende, se trata de sumas de dinero que cumplieron su propósito, y por ello, no se encuentran en su patrimonio.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto 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 frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quien tienen 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 manifestaciones como: "(...) los asesores de la AFP (...) no le brindaron información sobre las ventajas y desventajas de pertenecer a un régimen u otro (...) que los asesores (...) en ningún momento le indicaron las desventajas o un comparativo entre los dos regímenes (...) que los asesores (...) no le indicaron que podría cancelar o anular su traslado en un tiempo prudente (...)", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema

de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 Colmena hoy Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 14 de octubre de 1994. Precizando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.*

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligada a suscribir el formulario de traslado, porque los asesores de la AFP hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y posteriormente hizo su traslado a Porvenir S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que le hizo el asesor sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, pero ahora que se enteró del desmedro en el valor de una futura pensión, se encuentra totalmente decepcionada.

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas*

en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.

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 Colmena hoy 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, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que la trabajadora confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus.

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 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones (...)” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, 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.”

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1994, era obligación de la AFP Colmena hoy Protección S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

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 las 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, o si tenía una expectativa pensional, 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.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, **o el traslado entre administradoras del RAIS**, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.

Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).

También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando

se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, como en este caso ocurrió, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

*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 ineficacia o nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por **concepto de gastos de administración**, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de*

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

nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo los argumentos de las AFP demandadas, 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. De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó la primera instancia, advirtiendo 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).

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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Adicionalmente, no puede separarse el tipo de emolumentos que son consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de esa declaración principal, pues se trata de elementos que hacen parte de un todo, y por ello, la imprescriptibilidad es aplicable a esos puntos.

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, por las razones expuestas.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de las demandas recurrentes AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de

\$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia en favor de la demandante, por cada una de las demandadas.

Notifíquese legalmente a las partes.

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 TERESA RODRÍGUEZ NEIRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), 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 el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Amanda Lucía Zamudio Vela quien se identifica con C.C. No 51.713.048 y la T.P. No. 67.612 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarenta 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

María Teresa Rodríguez Neira, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se disponga que todas las cosas vuelvan a su estado anterior y se ordene su retorno automático al RPMPD. Asimismo, se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de marzo de 1963; en diciembre de 1985 se afilió al ISS, donde cotizó un total de 368 semanas hasta septiembre de 1994; en el año 1994, cuando se encontraba trabajando en la empresa Aspect Language Schools Ltda., llegó hasta su sitio de trabajo un asesor de Colpatria SA, hoy Porvenir SA, quien la persuadió de trasladarse a esa AFP argumentando que era una entidad con mayor solidez, estabilidad y mejores garantías en materia pensional; el asesor de la época omitió informarle sobre las condiciones particulares del RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional; el 1° de marzo de 2019 solicitó ante Colpensiones su traslado al RPMPD, obteniendo respuesta negativa el 4 de marzo siguiente; el 4 de marzo de 2019 petitionó ante Porvenir SA su traslado de régimen, ante lo cual la AFP accionada se pronunció negativamente.

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 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. 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 régimen de prima media con prestación definida, 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.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Porvenir SA. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. Condenó a Porvenir SA a reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguro. Ordenó a Porvenir SA a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones - SIAFP

(anulación a través de Mantis) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la demandante en el RAIS. Ordenó a Colpensiones que acepte a la accionante en el RPMPD, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por Porvenir SA. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se condene en costas también a Colpensiones, dado que presentó oposición a las pretensiones, formuló excepciones y resultó vencida en juicio.

Por su parte, Porvenir SA argumentó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que cumplió con la totalidad de las obligaciones vigentes para la época del traslado, brindando a la accionante información clara, completa y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, lo que se demuestra con el formulario de afiliación, sin que obre prueba adicional ya que la asesoría fue verbal. Indicó que el hecho que la accionante no recuerde lo que le dijo el asesor, no significa que la información no se le hubiese brindado. Aseguró que no es posible devolver los gastos de administración, pues estos no pertenecen al afiliado y, en casos de declaratoria de ineficacia de traslado, las únicas sumas que deben restituirse son las cotizaciones y los rendimientos. Dijo que las primas de seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora, quien cumplió con su función aseguradora durante todo el tiempo de afiliación de la accionante, por lo que, de ordenarse la devolución de estas sumas, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Finalmente, Colpensiones manifestó que no se cumplen las condiciones para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, pese a que la actora al absolver interrogatorio de parte manifestó que no recuerda, ello no significa que no pasó; sin que pueda aplicarse de manera automática la inversión de la carga de la prueba. Añadió que, de mantenerse la decisión del a quo, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Colpensiones como Porvenir SA presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión de primer grado, dado que la AFP accionada no cumplió con su deber de información.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Porvenir SA hace referencia en su recurso de apelación 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 retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); 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 5 de agosto de 1994, a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA (archivo 1 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple 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 unas manifestaciones del tipo "el asesor de la época omitió informarle sobre las condiciones particulares del RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia

del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no

algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 5 de agosto de 1994. 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.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1994 llegaron a la empresa donde trabajaba unos asesores de Colpatria, hoy Porvenir, quienes en una reunión grupal, de entre 10 a 15 minutos, les dijeron que el ISS se iba a acabar, por lo que, de continuar allí, no tendrían pensión, mientras que en el fondo privado se podrían pensionar cuando quisieran. No recuerda que le hubiesen suministrado información adicional.

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 Colpatria, hoy Porvenir SA, 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. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones de la actora sobre la información brindada consistente en “poder pensionarse cuando quisiera”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. 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 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, 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, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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 o ineficacia 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

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.

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; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que estos dineros no pertenecen al afiliado; 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. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los gastos de administración 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, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; 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 (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 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).

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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal como lo peticiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso la citada entidad ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa

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 válido que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales; por lo tanto, se modificará el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia, para lo cual deberá concurrir con el pago del 50% de las agencias en derecho fijadas por el a quo, quedando el restante 50% en cabeza de Porvenir SA. Argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas a las demandadas, ante la improsperidad de sus recursos.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

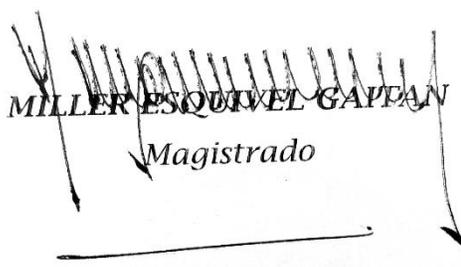
Primero.- *Modificar el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia*

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

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

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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 BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Dieciséis 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

Blanca Cecilia Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare que se trasladó válidamente del RAIS al RPMPD, el 11 de enero de 2007, cuando todavía estaba habilitada legalmente para ese retorno, y como consecuencia, se ordene a la AFP, trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, que se efectuaron desde esa fecha hasta la actualidad, más las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones adujo que nació el 13 de marzo de 1961; que se afilió al entonces ISS hoy Colpensiones, el 18 de mayo de 1981, pero se cambió al RAIS en noviembre de 1999, por medio de Colfondos S.A, en donde realizó aportes hasta el enero de 2007; que el 11 de enero de 2007, radicó ante el ISS, el formulario de traslado o regreso al RPMPD, cuando todavía no estaba cobijada en la prohibición del literal e del art. 13 de la ley 100 de 1993; que pese a ello, las entidades no le dieron trámite, por lo que, de un momento a otro, y a pesar de que su empleador continuó haciendo cotizaciones con destino al ISS, fue devuelta a Colfondos S.A., sin notificación de esa decisión; que al enterarse de esa situación irregular, el 29 de octubre de 2019, solicitó a la AFP una aclaración al respecto, quien le informó que se traslado había sido anulado por errores en el nombre; que en esa misma fecha solicitó a Colpensiones validar el traslado efectuado en enero de 2007, ante lo cual la entidad se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A., se allanó a las pretensiones, para lo cual adujo que la demandante suscribió formulario de vinculación a esa entidad de manera libre voluntaria e informada, con el consentimiento informado, el 19 de noviembre de 1999, con fecha de inicio de efectividad, el 1° de enero de 2000, por ende, dicho traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, exento de vicios del consentimiento; no obstante, como la actora volvió a solicitar el regreso al RPMPD, no tuvo conocimiento de ese trámite, pues Colpensiones jamás le informó, ni efectuó los trámites correspondientes. No propuso como excepciones de mérito.

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, no puede aceptar el regreso al RPMPD, a partir de enero de 2007, porque el documento aportado como base del supuesto traslado en tiempo, no era legible y, por ende, no podía dársele ningún valor jurídico. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica o innominada.

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. Así, declaró la validez del traslado de régimen de la demandante, llevado a cabo, el 11 de enero de 2007, y, por tanto, dejó sin efectos, la afiliación al RAIS de esa fecha en adelante; condenó a la AFP Colfondos S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones, incluyendo todos sus réditos y valores de cotización que se hayan recibido en ese fondo de pensiones; ordenó a Colpensiones a que recepcionara los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, la actualización de la historia laboral; finalmente condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la apoderada de Colpensiones la impugnó. Adujo que la declaratoria de la ineficacia del RAIS al RPM no es válida al no haberse cumplido con los requisitos previstos para tal fin; esto es, el literal e del artículo 2 de la ley 797 de 2003 y los requisitos contemplados por la sentencia SU 062 de 2010, para que el retorno al RPM fuera viable. Añadió, que la conducta desplegada por Colpensiones ha sido de buena fe y ajustadas a derecho, por ende, no había razón para la condena en costas.

CONSIDERACIONES

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

TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que, contrario a lo señalado por la demandada Colpensiones, el asunto debatido no tiene relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional por falta de información a cargo de la administradora del RAIS, sino, el incumplimiento por parte del entonces ISS hoy Colpensiones, en haber tramitado la solicitud de traslado que la demandante radicó en esa entidad en enero de 2007, con el fin de regresar

al RPMPD, dado que, la actora se encontraba para ese momento, afiliada a Colfondos S.A.

Precisado lo anterior, debe recordarse que, el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2° de la L. 797 de 2003, prevé el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. De esa manera, como lo tiene explicado la jurisprudencia constitucional “(...) este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en su primer momento el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley. En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el ámbito irreductible de protección -núcleo esencial- del derecho a elegir libremente se vulnera, cuando se impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o administradora de fondo de pensiones (C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 625 de 1998, reiterada en la sentencia C- 1024 de 2004).

No obstante, ese derecho a la libre elección entre regímenes pensionales, no es absoluto, pues, atendiendo a las características de cada uno de ellos, se deben respetar unas reglas mínimas, en cuanto, si bien, el esfuerzo del trabajador y el aporte conjunto con el empleador se ven reflejados en semanas de cotización, ello se materializa en recursos que deben ser administrados con rigurosidad y responsabilidad, a efectos de que en cada uno de esos subsistemas, cumplan el objetivo de financiar las prestaciones económicas correspondientes.

En ese sentido, la norma citada introdujo dos condicionamientos para el ejercicio adecuado de ese derecho, como son, un tiempo mínimo de permanencia o carencia y la edad; en tal orden, una persona no puede trasladarse entre un régimen y el otro si no ha transcurrido cierto tiempo, lo cual ha oscilado entre los tres (3) y los cinco (5) años, esto último que es lo que se exige actualmente, y finalmente, puede el interesado ejercer tales cambios, siempre y cuando no le falten menos de diez (10) años para cumplir la edad que se exige en el RPMPD.

Cabe agregar, que la jurisprudencia constitucional se pronunció sobre esas limitaciones y las consideró ajustadas al ordenamiento superior, pues “(...) trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la

realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados (...) Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales (...) (CC sentencia C-1024 de 2004).

Ahora, si un(a) trabajador(a), hace uso de dichas herramientas y solicita el traslado de régimen pensional, es obligación de las administradoras de ambos regímenes darle el trámite correspondiente, acorde con lo presupuestado por los artículos 11 y siguientes del D. 692 de 1994, vigente, en este caso, para la fecha en que la demandante alegó esa gestión, es decir, todo lo relacionado con el contenido del formulario de afiliación y el inicio de la comunicación entre las dos administradoras de pensiones, a efectos de verificar el cumplimiento del término mínimo de carencia, la edad en la fecha de la solicitud, y lo relacionado con los recursos producto de las cotizaciones, entre otros aspectos atinentes a la consolidación de la historia laboral del afiliado.

En el expediente, obra el formulario de afiliación o traslado que presentó la demandante como base de la argumentación y las súplicas, que da cuenta que, efectivamente, el 11 de enero de 2007, la señora Blanca Cecilia Rodríguez, diligenció ese formato del entonces ISS, con todos los requisitos señalados en el art. 11 del D. 692 de 1994, y en el que claramente se lee, que solicitó el traslado de régimen pensional por encontrarse para esa data, afiliada a la AFP Colfondos; no obstante, el organismo estatal no le dio trámite alguno, lo que condujo a que el empleador de la actora, Hospital La Victoria, acorde con lo certificado en la historia laboral aportado por la promotora del litigio y en el mismo expediente administrativo aportado por Colpensiones, cumpliera la obligación de efectuar las cotizaciones a esa entidad, con la creencia de que la solicitud de traslado de la trabajadora cumplió su objetivo.

Cabe precisar, que Colpensiones no tachó de falso el documento contentivo de la solicitud de traslado, sólo se opuso en cuanto a la supuesta falta de legibilidad, pero ya se indicó, que, tal pieza da cuenta de los elementos mínimos necesarios para otorgarle validez, no solo por los datos pertinentes exigidos por la ley con el propósito de servir a la vinculación a cualquier de los dos regímenes, sino, porque allí se alcanza a identificar la fecha en que fue radicado en las instalaciones del antiguo ISS, hoy Colpensiones, que, se itera, ocurrió el 11 de enero de 2007.

Adicionalmente, recuérdese la obligación que tienen las administradoras de pensiones, de preservar, conservar y respetar la información relacionada con los expedientes administrativos que dan cuenta de la historia laboral de los afiliados, en donde se incluyen elementos como el que aquí se analiza, esto es, una solicitud de traslado, que resulta trascendental a la hora de verificar en donde se encuentra válidamente afiliado el trabajador. Así, en sentencia T-101-2020, la Corte Constitucional, destacó:

“(...)Además de la responsabilidad de manejo de información que surge para las administradoras de fondos de pensiones, está aquella dirigida a la custodia, conservación y guarda de la información necesaria para, en el momento requerido, determinar si su afiliado cumple o no con los requisitos para acceder a una pensión, incluyendo los documentos físicos o magnéticos que soportan dicha información, de tal manera que la garantía del derecho pensional de una persona no puede verse comprometida por la presencia de inconsistencias en su historia laboral, atribuibles a problemas operativos o administrativos en el manejo de esos documentos.

3.5. Más allá de la simple guarda o custodia de los documentos que soportan la historia laboral de sus afiliados, las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de organizar y sistematizar esos datos, por lo que esta Corporación ha concluido que “no es posible trasladarle a los afiliados las consecuencias negativas a los defectos que puedan derivarse de la infracción de ese deber. En ese sentido, los efectos de los errores operacionales en la administración de las historias laborales deben ser, por el contrario, asumidos por la entidad administradora, que cuenta con los medios y la infraestructura para gestionar los datos de las cotizaciones y sus soportes, para evitar su pérdida o deterioro e impedir que el afiliado sufra los efectos negativos que puedan derivarse de cualquiera de esas circunstancias”.

Al punto, para enero de 2007, la activa tenía 45 años, esto es, que le faltaban más de diez (10) años para llegar a la edad mínima exigida en el RPMPD, dado que nació el 13 de marzo de 1961, tal como lo acredita la copia de la cédula de ciudadanía aportada, el mismo formulario de traslado, la historia laboral, y la aceptación de ese hecho por parte del extremo pasivo, y por otra parte, también cumplía el término mínimo de carencia o permanencia con afiliación al RAIS, pues, como la demandante se trasladó inicialmente a ese régimen, el 19 de noviembre de 1999, efectivo, a partir del 1° de enero de 2000, para la fecha de la

petición al ISS, llevaba más de cinco (5) años de afiliación al RAIS, con las respectivas cotizaciones, tal como lo acredita el resumen de historia laboral aportado por Colfondos S.A. (CD folio 85) para la audiencia del art. 77 del CPT y la SS.

En consecuencia, para la data de la solicitud de radicación de traslado ante el entonces ISS por parte de la señora Blanca Cecilia Rodríguez, cumplía con los supuestos mínimos exigidos para retornar al RPMPD, sin que la entidad hubiera actuado con el trámite pertinente, pues no acreditó gestión alguna, menos, que hubiera informado a la AFP Colfondos de esa solicitud; lo que implica que, como lo arguyó el juez de primera instancia, tenga validez el traslado de esa época, con las consecuencias que le son propias, esto es, lo dispuesto en el literal b) del art. 15 del D. 692 de 1994, según el cual "(...) si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso."

Como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, se debe añadir, que el derecho a que se declare una situación relacionada con la pensión, la cual está en construcción, es imprescriptible, tal como lo tiene suficientemente explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que, todas aquellas reclamaciones tendientes a consolidar el estatus pensional o que lo afecten y, por ende, se corrijan, no opera el término general trienal, dado el carácter declarativo de este tipo de pretensiones, que se expresa con la reactivación de la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

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.

Como quiera que en esta instancia se estudió el problema jurídico igualmente mediante el grado jurisdiccional de consulta, que habilita el análisis en forma panorámica, no se impondrán costas.

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.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

José

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado