

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 ALEXANDRA OROSTEGUI ARMENTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Alexandra Orostegui Armenta, 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 y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todas las sumas depositadas en su cuenta

de ahorro individual; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros, activar su afiliación sin solución de continuidad y corregir su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte 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 8 de junio de 1963; se afilió al ISS el 8 de julio de 1986, donde cotizó un total de 438 semanas; el 10 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir SA, siendo ésta su actual administradora; esta decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP accionada; el 15 de enero de 2020 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado de régimen pensional.

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 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, 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 12 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 10 de marzo de 1999, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró que, para todos los efectos, la accionante siempre permaneció afiliada al RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, junto con lo deducido por gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir a Alexandra Orostegui Armenta como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas; sin imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que la motivación del presente proceso no es la falta de información, sino la insatisfacción frente a la expectativa pensional, resultando improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Indicó que el traslado de régimen pensional se surtió conforme a la normatividad vigente, brindando una información clara, completa y comprensible; sin que existiese la obligación de entregar documentos que acreditaran la asesoría brindada. Afirmó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que dichos dineros no pertenecen a los afiliados y, por tanto, no están llamados a financiar la pensión, lo que da lugar a declarar la prescripción sobre los mismos; aunado a que corresponde a una contraprestación por la excelente gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos. Por último, aseguró que, en caso de mantenerse esta condena, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Colpensiones solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que no participó de los negocios jurídicos celebrados entre la actora y la AFP

accionada, por lo que no puede ser favorecida no perjudicada con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Dijo que la decisión del a quo afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, aduciendo que la AFP incumplió con el deber de información que le era exigible.

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

Porvenir SA 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 la demandante cuenta con 59 años de edad, en tanto nació el 8 de junio de 1963, 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 10 de marzo de 1999, 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, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Porvenir SA 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 "la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP accionada", 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 10 de marzo de 1999. 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.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1999 el área de recursos humanos de la empresa en la que laboraba la invitó a una reunión con un representante de Porvenir; dicha reunión se llevó a cabo en una salita, duró como 15 minutos y el asesor le comentó que ahora existía la opción de pasarse a un fondo privado porque el ISS estaba por terminarse; también le informó que no debía pagar nada 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 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. 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 realizo de 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 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.

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 la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos 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

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

lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su deducción se realizó como contraprestación por la buena gestión realizada, aunado a que dichos valores no hacen parte integrante de la pensión; 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.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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 aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como 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 en lo que respecta

a la condena impuesta a Colpensiones, 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.

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 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,

RESUELVE

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga 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 recurrentes. 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 y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUGO SÁNCHEZ BUSTOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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 del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir SA contra la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiséis 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

Hugo Sánchez Bustos, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la “anulación por ineficacia” de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus rendimientos, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumirlos con cargo a su propio patrimonio. Asimismo, se condene a lo que resulte 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: se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 7 de septiembre de 1988; se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir SA, el 13 de mayo de 2004; el promotor de la AFP accionada no le entregó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las ventajas de uno y otro régimen pensional, tampoco le realizó proyecciones; solicitó ante las accionadas la anulación de su traslado y su afiliación al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

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 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de vinculación del actor al sistema de seguridad social en pensiones, la reclamación presentada ante

esa entidad 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 falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la reclamación presentada ante esa sociedad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin deducción alguna por concepto de administración. Condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y a actualizar la historia laboral del demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Porvenir SA interpone recurso de apelación argumentando que no es procedente aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al presente asunto, dado que el traslado de régimen pensional del actor se realizó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para la época. Dijo que el accionante omitió sus deberes como consumidor financiero al no informarse sobre las consecuencias de su decisión; y que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos fueron descontados por disposición legal y tienen una destinación específica, además, corresponden a una contraprestación por la buena gestión realizada, aunado a que las primas de

seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que sea absuelto de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se configuran los presupuestos de hecho y de derecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.

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

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - 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.

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 13 de mayo de 2004. 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 se desempeña como oficial mayor en un juzgado promiscuo municipal y en el año 2004, luego de su posesión, llegó a pagaduría y allí se le acercó un promotor de Porvenir quien le informó que, para su pensión, la mejor opción era esa AFP porque Cajanal se había acabado y el ISS también se acabaría. Dijo que no firmó el formulario de afiliación y se limitó a firmarlo.

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

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación 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 “Reitero que he sido asesorado suficientemente acerca del significado del régimen de transición del cual soy beneficiario y que de permanecer en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, podría acceder a la pensión de vejez en condiciones especiales. Siendo consciente de ello hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios del mismo” 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 al promotor 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; mas no que haya existido vicios del consentimiento, como lo pregona ala recurrente.

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 la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos de pensiones y el 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 su deducción se realizó por disposición legal, como contraprestación por la buena gestión realizada, aunado a que dichos valores tienen una disposición específica; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. 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.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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

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.

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 adoctrina en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

Sin que sean de recibo para la Sala las disquisiciones traídas por Porvenir SA relativas a que el accionante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, 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 al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que no es viable revocar la condena en costas de primera instancia en contra de Porvenir SA, tal como lo peticiona en su apelación, puesto que a lo largo del proceso la citada AFP 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 Porvenir SA asuma el pago de las costas procesales; en este sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia, dada la improsperidad de la apelación.

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 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,

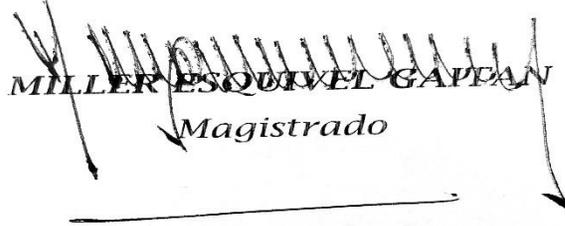
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga 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 Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese 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 NORA CONSTANZA DE JESÚS CONTRERAS BRAVO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA; LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Nora Constanza de Jesús Contreras Bravo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones,

y a las AFP Porvenir SA y Skandia SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todas las sumas recibidas con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, y gastos de administración descontados; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros, reactivar su afiliación y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte 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 9 de junio de 1961; estuvo afiliada al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta septiembre de 1999; el 8 de septiembre de 1999 firmó el formulario de traslado a Porvenir SA, sin que previamente se le hubiese suministrado información concreta y veraz sobre las reales consecuencias de su traslado; el asesor de la época no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; el 24 de octubre de 2006 se trasladó a Skandia SA; el 26 de julio de 2007 retornó a Porvenir SA, AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada.

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); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que 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.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 6 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su actual vinculación a la AFP Porvenir SA; sobre los

restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

En similar sentido, Skandia SA se opuso a las pretensiones de la demanda (archivo 5 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencia invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, y la genérica.

Por auto del 3 de diciembre de 2021 se admitió el llamamiento en garantía presentado por Skandia SA respecto de Mapfre Colombia Vida Seguros SA (archivo 13 del expediente digital); quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda y del llamamiento (archivo 15 del expediente digital); propuso las excepciones que denominó: el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a Skandia SA; prescripción de la acción de nulidad; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; Skandia SA, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros SA; Mapfre Colombia Vida Seguros SA no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos

estuvieron efectivamente amparados; a Mapfre Colombia Vida Seguros SA no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante Skandia SA y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia SA; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; 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 24 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 8 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año, por intermedio de la AFP Porvenir SA, así como del traslado realizado a Skandia SA y de su retorno a Porvenir SA. Declaró como válida la afiliación de la demandante al RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional; debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado; concediéndole para el efecto un mes. Condenó a Skandia SA a trasladar a Colpensiones, dentro del término de un mes, la totalidad de los dineros descontados por concepto de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y por motivo del traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la accionante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas. Absolvió a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros SA. Condenó en costas únicamente a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que el traslado de la actora al RAIS es completamente válido, ya que se cumplió con el deber de información vigente

para la época, como se demuestra con el formulario de afiliación y, por lo mismo, no es procedente solicitar prueba adicional. Dijo que la inconformidad de la actora se centra en el monto de su mesada pensional y no en la falta de información; pues, durante todos estos años ha ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS, realizando aportes a dos AFP diferentes. Indició que no es procedente devolver los gastos de administración, sumas adicionales, porcentaje de garantía de pensión mínima, toda vez que fueron descontados por disposición legal y se realizó una correcta administración de los recursos, en virtud de lo cual se generaron altos rendimientos; adicionalmente, las primas de seguro previsional fueron trasladadas a la aseguradora. Afirmó que dichos conceptos no están destinados a financiar la pensión y que, de mantenerse esta condena, la accionante debería devolver los rendimientos generados.

Skandia SA manifestó que no es posible devolver los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional, ni la indexación de las sumas, por cuanto las únicas sumas que se retornan son las contenidas en la cuenta de ahorro individual y las del fondo de garantía de pensión mínima; aunado a que los rendimientos compensan cualquier devaluación de la moneda. Insistió en que la llamada en garantía es quien debe pagar las condenas impuestas en su contra respecto de las primas del seguro previsional. Dijo que estas primas se encuentran prescritas, pues las acciones derivadas del contrato de seguros prescriben en dos años.

Colpensiones solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que no participó de los negocios jurídicos celebrados entre la actora y las AFP, por lo que no puede ser favorecida no perjudicada con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Dijo que la decisión del a quo afecta el equilibrio financiero del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA y Skandia SA presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

Mapfre Colombia Vida Seguros SA indicó que la ineficacia del traslado de régimen pensional, o de los traslados dentro del mismo régimen, no hace parte del objeto del contrato de seguro previsional y, por lo mismo, no se encuentran comprendidos en la cobertura.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, aduciendo que se incumplió con el deber de información.

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

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

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

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

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “no le suministraron información concreta y veraz sobre las reales consecuencias de su traslado; el asesor de la época no le informó sobre las características, ventajas y desventajas 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 8 de septiembre de 1999. 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 1999 fue visitada en su sitio de trabajo por promotores de Porvenir S.A. quienes le ofrecieron cambiarse de régimen pensional con el argumento que el ISS estaba en crisis y podría perder los aportes realizados desde 1989; también le dijeron que en el RAIS obtendría una buena pensión. Afirmó que la charla duró 8 o 9 minutos, y no recuerda haber recibido 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 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. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni por los aportes realizados a distintas AFP, 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 8 de septiembre de 1999, 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 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 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.

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 y al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA y por Skandia SA en sus respectivas apelaciones, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su deducción obedeció a una disposición legal y como contraprestación por la buena gestión realizada, aunado a que dichos valores no hacen parte integrante de la pensión; 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

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.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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.

De conformidad con el criterio jurisprudencial antedicho, resulta claro que corresponde a Skandia SA asumir, con cargo a su propio patrimonio, lo descontando por concepto de gastos de administración, en los que se incluye el valor del seguro previsional; como acertadamente lo concluyó el a quo. Imponiéndose confirmar la absolución impartida respecto de la llamada en garantía, ya que “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.” (Sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989).

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, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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 y por Skandia SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, 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 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.

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

R E S U E L V E

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

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

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMENZA MENA CUELLAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia del 25 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Carmenza Mena Cuellar, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP 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 Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, 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 de folios 28 a 30 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 11 de mayo de 1961; en diciembre de 1985 se afilió al ISS, donde cotizó 461,43 semanas; en mayo de 2001 fue visitada por asesores de Colfondos SA quienes le ofrecieron trasladarse al RAIS asegurándole que en el fondo privado contaba con mayores beneficios y garantías; el asesor de la época omitió informarle sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, tampoco se le realizó una proyección pensional; el 24 de febrero de 2020 solicitó su traslado a Colpensiones, con fundamento en la nulidad de la afiliación al RAIS, 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 (fls. 55 a 61); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de

defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (CD fl. 85); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o 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 de la actora 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 (CD fl. 109), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 15 de junio de 2001, por intermedio de la AFP Colfondos SA. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo el capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido en el RAIS. Condenó a Colpensiones a recibir los valores ordenados y a reactivar la afiliación de la accionante en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión consultada, aduciendo que se omitió el deber de información.

Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia argumentando que en el presente asunto no se configuran los supuestos de hecho ni de derecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional; por lo que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

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

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuado por intermedio de la AFP Colfondos SA, decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al no haberse recurrido la decisión de primer grado; precisando que era Colfondos SA quien tenía la información que debió suministrar a la demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.

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

forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada no sólo la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, sino también 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; imponiéndose confirmar la decisión consultada en este punto. 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.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, rememorando la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales

en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, 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; 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 consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas, estas serán confirmadas, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones 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.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos 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,

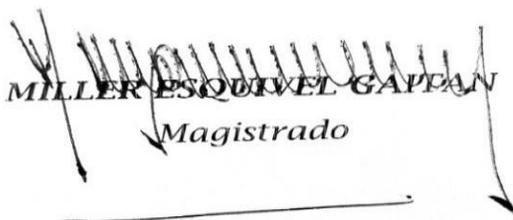
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia consultada en el sentido de conceder a 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 consultada.*

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

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NEFFER ÁNGEL PEÑUELA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, MANUFACTURAS DE CAUCHO QUASAR SAS Y FUNCAUCHO MANUFACTURAS LTDA.

En Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días de junio 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 Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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 en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Neffer Ángel Peñuela, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a Manufacturas de Caucho Quasar SAS, para que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del día 181 de incapacidad continua; junto con los intereses moratorios. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: el 18 de julio de 1988, por intermedio de Fernando Mojica Peñuela, se vinculó laboralmente con la empresa Funcaucho Manufacturas Ltda., para desempeñar el cargo de secretaria; el 6 de septiembre de 1988 su empleadora la afilió al ISS y cesó las cotizaciones el 31 de diciembre de 1999, pese a que continuó trabajando para la empresa; el 1° de febrero de 2013 suscribió un nuevo contrato en el que Funcaucho Manufacturas Ltda. pasó a llamarse Manufacturas de Caucho Quasar SAS; desde el 2011 presenta diagnóstico de “enfermedad de Parkinson H y Y 3 (severa)” y “déficit en la producción lingüística”; se le expidieron incapacidades los días 11 y 12 de mayo de 2013, las cuales fueron cubiertas por su empleador; desde el 30 de mayo de 2013 le fueron emitidas incapacidades de forma continua, siendo reconocidas y pagadas por la EPS hasta el 23 de noviembre de 2013, al completarse los 180 días de incapacidad; mediante dictamen emitido por Colpensiones, fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 67,6%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 6 de febrero de 2012; el 24 de septiembre de 2014 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada a través de la Resolución GNR 78045 del 14 de marzo de 2015,

aduciendo que no acredita 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

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 (fls. 64 a 73); en cuanto a los hechos aceptó las incapacidades expedidas a la actora, el contenido del dictamen de pérdida de capacidad laboral, 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 prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y la genérica.

Manufacturas de Caucho Quasar SAS contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 79 y 80). No aceptó los hechos planteados. Propuso la excepción que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por auto del 28 de febrero de 2018 se dispuso vincular al trámite a Funcaucho Manufacturas Ltda. en Liquidación (CD fl. 100); quien contestó, por intermedio de curador ad litem, oponiéndose a las pretensiones de la demanda; no aceptó los hechos planteados; propuso la excepción innominada o genérica (fls. 199 y 200).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 234), en la que declaró la existencia de dos contratos de trabajo: el primero entre la actora y Funcaucho Manufacturas Ltda. en Liquidación, a término indefinido, vigente del 18 de julio de 1988 al 30 de marzo de 2008, en virtud del cual desempeñó el cargo de secretaria, devengando un smlmv; el segundo contrato con Manufacturas de Caucho Quasar SAS, a término indefinido, vigente del 1° de febrero de 2013 al 30 de junio de 2018, ppor el cual la accionante desempeñó el cargo de secretaria, devengando un smlmv. Condenó a Funcaucho Manufacturas Ltda. en Liquidación a cancelar en favor de

la demandante el cálculo actuarial de los aportes pensionales dejados de efectuar por los periodos comprendidos entre el 18 de julio y el 5 de septiembre de 1988, y entre el 1° de enero del año 2000 y el 30 de marzo de 2008, con destino a Colpensiones, tomando como base un smlmv. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de invalidez de origen común, a partir de la fecha de estructuración aquí establecida, 1° de julio de 2018, en cuantía de un smlmv, por 13 mesadas al año, y cuyo retroactivo debe pagarse debidamente indexado. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Absolvió a Manufacturas de Caucho Quasar SAS de todas las pretensiones formuladas en su contra y a Colpensiones del pago de los intereses moratorios; y declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación respecto de estos pedimentos. Condenó en costas a la demandante y en favor de Manufacturas de Caucho Quasar SAS; asimismo, condenó en costas a Funcaucho Manufacturas Ltda. en Liquidación y en favor de la actora; absteniéndose de imponer condena en costas a favor ni en contra de Colpensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el decreto 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia manifestando que lo pretendido por la accionante no es procedente, toda vez que no existe derecho alguno que le asista.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; siendo pertinente destacar que la condena impuesta a esa administradora se limita al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor de la actora.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

No es objeto de discusión que mediante dictamen expedido el 25 de agosto de 2014 por el área de medicina laboral de Colpensiones, se calificó a la actora con una pérdida de capacidad laboral del 67,6%, con fecha de estructuración 6 de

febrero de 2012, por enfermedad de origen común “ENFERMEDAD DE PARKINSON” y “TRASTORNO DEPRESIVO CLASE III” (fls 49 y ss).

También se encuentra acreditado que el 24 de septiembre de 2014 Neffer Ángel Peñuela reclamó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada a través de la Resolución GNR 78045 del 14 de marzo de 2015, al considerar que no acredita 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (fls. 53 y 54).

Ahora, en punto al reconocimiento de la pensión de invalidez, es preciso señalar que la jurisprudencia laboral ha enseñado que por regla general, las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia del derecho a la pensión de invalidez son las que estén vigentes en el momento en que se estructure dicho estado; para el caso analizado habida cuenta que la fecha de estructuración acaeció el 6 de febrero de 2012, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual exige que el afiliado acredite haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al estado de invalidez; situación que no demuestra la actora, pues, entre el 6 de febrero de 2009 y el 6 de febrero de 2012 no reporta ninguna semana de cotización, lo que en principio daría para negar el derecho pensional. Recuérdese que, conforme quedó establecido en primera instancia y no fue objeto de reproche en la alzada, la relación laboral de la accionante con la sociedad Funcaucho Manufacturas Ltda. en Liquidación finalizó el 30 de marzo de 2008, y el vínculo laboral con Manufacturas de Caucho Quasar SAS inició el 1° de febrero de 2013; sin que se demuestren cotizaciones realizadas entre estas dos fechas.

Pese a la anterior, la Sala no puede desconocer que la promotora de la litis fue diagnosticada con “Enfermedad de Parkinson”, padecimiento que ha sido definido por la comunidad médica como “un trastorno degenerativo de progresión lenta que afecta zonas específicas del encéfalo”¹. Así, la jurisprudencia tanto del Máximo Tribunal Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara y reiterativa en señalar que las personas cuya pérdida de capacidad laboral corresponda a una enfermedad crónica, degenerativa o

¹ <https://www.msmanuals.com/es-co/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/trastornos-del-movimiento/enfermedad-de-parkinson>

congénita, como en el caso de la accionante, tienen derecho a que se les contabilicen los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

En este orden de ideas, en relación con las personas cuya pérdida de la capacidad laboral se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como en el caso de Neffer Ángel Peñuela, la Corte Constitucional ha establecido que la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al momento en que pierden de forma definitiva y permanente la capacidad laboral, por ser enfermedades cuyos efectos se evidencian con el paso del tiempo, es decir que la capacidad para trabajar se pierde de manera progresiva (sentencia SU-588 de 2016).

Criterio que fue acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha estimado viable que, luego de la fecha de estructuración de la invalidez, se realicen aportes al sistema, pues “en esos casos se entendía que el afiliado hacía uso de su capacidad residual de trabajo” (sentencia SL3275-2019, reiterada en la SL913-2022). Agregando que:

“[...]

Entonces, aceptar la misma interpretación que se tiene actualmente para los demás asuntos, esto es, no contabilizar la cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, en tanto lo que se protege es una contingencia o un riesgo incierto, significa admitir que las personas que padecen enfermedades de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por su propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les impida seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas.

En este orden, la «capacidad laboral residual», se traduce en la posibilidad que tuvo la actora de ejercer una actividad productiva para garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, y se refleja en las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha en que, según el dictamen, se estructuró la invalidez.”

En conclusión, según el criterio jurisprudencial mencionado, en los casos de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, la fecha de estructuración de invalidez corresponde a la fecha de pérdida material de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, esto es, la fecha en que se agota por completo la capacidad laboral residual que le permitió a la persona en condición de discapacidad seguir trabajando y cotizando al sistema; que para el caso de la accionante aconteció el 30 de junio de 2018, siendo éste el último periodo en que realizó aportes al sistema. Por lo tanto, resulta procedente el

reconocimiento de la prestación por invalidez a partir del 1° de julio de 2018; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

MONTO DE LA MESADA

Ahora, teniendo en cuenta que durante toda su vida laboral a actora realizó cotizaciones sobre el salario mínimo, será éste el monto inicial de su mesada pensional, toda vez que no es posible aplicar el 56% que le correspondería como tasa de reemplazo en los términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se obtendría una mesada en cuantía inicial inferior al salario mínimo, lo cual está proscrito por el inciso 5° de la referida norma. Prestación que deberá pagarse en 13 mesadas pensionales al año; como acertadamente lo concluyó el a quo.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6° del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Para el caso de autos, está demostrado que el dictamen del área de medicina laboral de Colpensiones fue emitido el 25 de agosto de 2014 (fls. 49 y ss), la actora presentó reclamación ante la enjuiciada solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez el 24 de septiembre de 2014 (fl. 53), obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución GNR 78045 del 14 de marzo de 2015, y la demanda se radicó el 3 de abril de 2017 (acta de reparto, fl. 59). Por lo tanto, es claro para la Sala que no operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales adeudadas, imponiéndose confirmar la sentencia consultada en este punto.

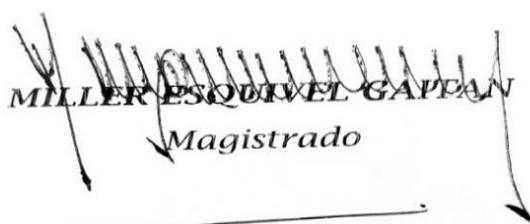
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

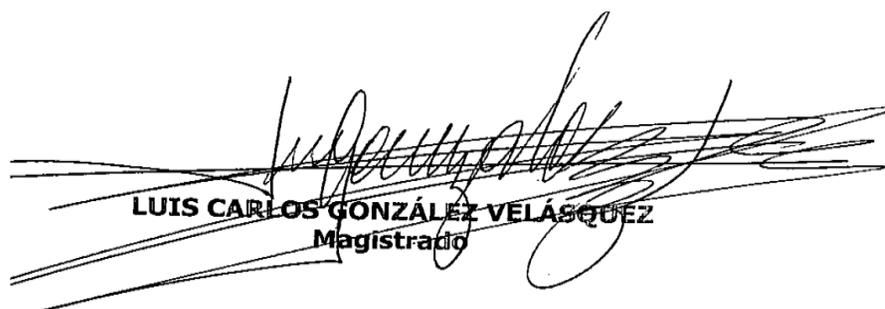
R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia consultada.*

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN ADELA ROMERO QUEVEDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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 Colpensiones y Protección SA contra la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiocho 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

Carmen Adela Romero Quevedo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare a la fecha de radicación del formulario del traslado del RMPPD al RAIS (15 de abril de 2010), le hacían falta más de 10 años para cumplir la edad de pensión. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a restablecer su traslado y reconocerle el estatus de cotizante en el RPMPD. De igual manera, se condene a Protección SA a cancelar su vinculación con esa AFP y a devolver a Colpensiones todos los aportes recibidos. Asimismo, se condene 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: el 28 de enero de 1997 se afilió al ISS por intermedio de su empleador ESE Hospital San Vicente de Paul del municipio de Fómeque (Cundinamarca); mediante formulario radicado el 21 de febrero de 2003 se trasladó a la AFP Protección SA; el 14 de mayo de 2008 se afilió a Horizonte, hoy Porvenir SA; el 15 de febrero de 2010 solicitó su retorno al ISS, obteniendo respuesta positiva por parte de la AFP Horizonte, así como el visto bueno por parte del ISS; el 6 de abril de 2017 su empleador le informó que la página de Asopagos presentaba inconsistencia, ya que “la base de datos del Ruaf su fondo de pensiones no reporta Colpensiones”; el 28 de abril de 2017 solicitó ante Colpensiones un reporte de semanas cotizadas, el cual fue expedido con fecha de actualización 7 de abril de 2017 y allí se indicaba que su estado es “Trasladado” y como última fecha de pago con su empleador el “15/12/2016”; el 18 de mayo de 2017 solicitó aclaración ante Protección SA, quien le informó que se encuentra

afiliado a esa AFP desde el 19 de febrero de 2003, como si nunca se hubiese retirado; el 17 de abril de 2018 Colpensiones le informó que al momento de radicar el formulario de fecha 15/02/2010 se encontraba a menos de 10 años para pensionarse y por tal motivo no se hizo efectivo el traslado; petición ante Colpensiones y Protección SA que le informaran por qué aparece afiliada a esta última AFP si desde el 14 de mayo de 2008 se trasladó a Porvenir SA, sin obtener respuesta de fondo.

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 inicial vinculación de la actora al ISS, así como las respuestas dadas a las reclamaciones presentadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, 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, nueva fe, y la innominada o genérica.

Protección SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la vinculación de la actora a esa AFP; aclarando que, a través de comité celebrado el 17 de abril de 2015, se solucionó su conflicto de multivinculación quedando válidamente afiliada a Protección SA. Propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección SA, inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, prescripción, y la genérica.

Por auto del 25 de noviembre de 2020 se dispuso vincular al trámite a Porvenir SA quien, dentro del término legal, no presentó escrito de contestación, pese a que fue debidamente notificada, razón por la cual mediante proveído del 8 de julio de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

En audiencia celebrada el 16 de mayo de 2022, se fijó el litigio en los siguientes términos: “determinar si es ineficaz el traslado de la señora CARMEN ADELA ROMERO QUEVEDO del Régimen de Prima Media con Prestación Defina al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la supuesta omisión de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES - PROTECCIÓN S.A, en su deber de información al momento de efectuarse el cambio de régimen y acogerla como afiliada”.

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 6 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, con fecha 1° de abril de 2003, por intermedio de la AFP Protección SA. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por Colpensiones. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la accionante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Protección SA interponen recursos de apelación, así: Protección SA argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, toda vez que fueron deducidos por disposición legal y como contraprestación por la buena gestión realizada, en

virtud de la cual se generaron altos rendimientos. Indicó que, de mantenerse esa condena, se desconocería el principio de restituciones mutuas y se generaría un enriquecimiento en favor de la demandante y de Colpensiones. Agregó que los gastos de administración no forman parte del capital que va a financiar la pensión y que, en parte, fueron usados en los seguros previsionales.

Colpensiones manifestó que al proceso se allegaron todos los documentos exigidos en la época del traslado, por lo que no se les puede exigir a las accionadas que aporten documental adicional. Añadió que la actora incumplió con sus obligaciones legales al no tener una adecuada revisión de sus negocios jurídicos; y que Colpensiones no participó del negocio jurídico que se declara ineficaz, por lo que no puede verse afectada con tal declaratoria. Por último, afirmó que la declara de ineficacia del traslado de régimen pensional genera un desbalance financiero en el sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como Protección SA presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

Porvenir SA indicó que la actora no acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento, razón por la cual solicitó que se revoque la decisión de primer grado.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, aduciendo que el traslado de régimen pensional se dio sin el lleno de los requisitos legales, ya que nunca fue debidamente informada.

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.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla, por el contrario, su inconformidad se centró en la improcedencia de la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la devolución de los gastos de administración, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada no sólo la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, sino también 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 Protección SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron descontados por previsión legal y realizó una correcta administración de los recursos, generando altos rendimientos; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. 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. De igual manera se podría argumentar que el traslado de régimen pensional se hizo por permitirlo la ley, pero téngase presente que se realizó desconociendo el derecho de información esencial para su validez.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, rememorando la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, 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; 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. Agregando, que no se está exigiendo a la AFP

documentos adicionales, sino la prueba del consentimiento informado, el cual puede ser acreditado por cualquier medio probatorio.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones 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.

Aunado a lo anterior, cumple indicar que se mantendrá la absolución impartida respecto de Porvenir SA, toda vez que, una vez revisado el historial de vinculaciones SIAFP de la actora (archivo 1 del expediente digital), no se reporta afiliación con esa AFP.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección 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,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Protección 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 Colpensiones y Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de las recurrentes, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

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

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


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado