

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 HERNÁN ROBLES SALCEDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 7 de junio 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

Hernán Robles Salcedo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección 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 Protección SA a devolver a Colpensiones los aportes recibidos. 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 en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 24 de agosto de 1960; estuvo afiliado al RPMPD desde el año 1986; se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección SA, el 20 de abril de 1996; el asesor de la época le informó que en el fondo privado su pensión sería superior, que se podría pensionar a cualquier edad y que el ISS se iba a acabar; no se le suministró información técnica, veraz y oportuna sobre los riesgos que acarrearía el traslado de régimen; el 18 de noviembre de 2019 solicitó ante las accionadas la nulidad o invalidez de su afiliación.

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 del actor, su inicial vinculación al RPMPD, y la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o 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, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Protección SA contestó en término, oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 5 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de su traslado al RAIS, así como la reclamación presentada ante esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme 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 16 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 20 de abril de 1996. Declaró que, para todos los efectos, el demandante nunca se afilió al RAIS y, por tanto, siempre estuvo en el RPMPD. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo contenido en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir a Robles Salcedo como su afiliado y a actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros provenientes de Protección SA. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Protección SA argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que se causaron por la buena gestión realizada; y, en caso de

mantenerse la decisión de primer grado, debe darse aplicación a las restituciones mutuas, de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del demandante.

Colpensiones manifestó que se logró probar que el demandante sí conocía las características y consecuencias de estar afiliado a Protección, además suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Indicó que el accionante actuó de manera omisiva frente a su situación pensional y no ejecutó ninguna acción tendiente a retornar a Colpensiones, supuestos fácticos que impiden la inversión de la carga de la prueba.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, aduciendo que no se acreditó el cumplimiento del deber de información y buen consejo por parte de Protección SA.

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 respectivos 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). Considero 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 la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya

se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el 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 como contraprestación por la buena gestión realizada; 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 del demandante. De no operar dicho reembolso, 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, lo que descarta de plano la aplicación de las restituciones mutuas, en los términos solicitados por Protección SA en su recurso de apelación. 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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media o del actor 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 el 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, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

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

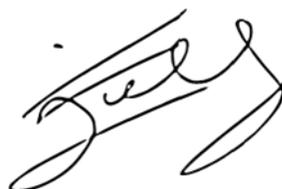
Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA PATRICIA ESPINOSA GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 Lilian Patricia García González quien se identifica con cédula de ciudadanía No 52.199.648 y la T.P. No. 187.952 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Diecinueve 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

Claudia Patricia Espinosa González, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Protección SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a devolver a Colpensiones los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, gastos de administración, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros por la merma en el capital; debiendo Colpensiones recibir los anteriores valores y activar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: realizó cotizaciones al ISS desde el 4 de diciembre de 1986 hasta el 31 de mayo del 2000; en el mes de mayo del año 2000 fue visitada por asesores de Colfondos SA, quienes le manifestaron que el ISS se acabaría y por tal razón perdería sus aportes; para agosto de 2019 tenía cotizadas 1357,28 semanas; el 30 de septiembre de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado al RAIS y su retorno al RPM; en similar sentido radicó derechos de petición ante las AFP accionadas los días 25 y 26 de septiembre de 2019, 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 4

del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al ISS y la reclamación presentada por ésta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica.

A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 3 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y la genérica.

Protección SA dio contestación en forma legal y oportuna oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 5 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las semanas cotizadas por la actora, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: 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 la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, 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 9 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 19 de mayo del 2000, a través de la AFP Colfondos SA. Declaró válidamente vinculada a Gloria Patricia Espinosa González al RPMPD. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados, así como lo descontado por gastos de administración, primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexada. Condenó a Colpensiones a recibir las sumas ordenadas. Absolvió de las restantes pretensiones; absteniéndose de imponer condena en costas.

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 ni las primas del seguro previsional, ya que fueron descontados por disposición legal, y como contraprestación por la buena gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos, además, se brindó cobertura para las contingencias de invalidez y muerte. Indicó que, en caso de mantenerse la decisión de primer grado, se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas. Por último, indicó que los valores antes referidos están afectados por el fenómeno prescriptivo, toda vez que no están destinados a financiar la pensión.

Colpensiones manifestó que el traslado de régimen pensional de la actora se dio de manera libre y voluntaria, con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, tal como se establece con el formulario de afiliación. Agregó que Colpensiones es un tercero de buena fe, y los efectos de la declaratoria de ineficacia deben recaer únicamente sobre las partes contratantes. Aseguró que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que la

accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirma le decisión de primera instancia, por cuanto no se probó el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP accionadas.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 55 años de edad, en tanto nació el 16 de junio de 1967, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 2 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 19 de mayo del 2000 a la AFP Colfondos SA (archivo 2 del expediente digital), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos

temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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 Colfondos 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 lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la devolución de los gastos de administración, la posible afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, 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). Considero 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 la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos 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 disposición legal y como contraprestación por la buena gestión realizada; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar también a la AFP Colfondos SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, 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, lo que descarta de plano la aplicación de las restituciones mutuas, en los términos solicitados por Protección SA en su recurso de apelación. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, 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, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la orden dada 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 o del actor 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 el 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 adicionara la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

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 accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Colfondos SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de*

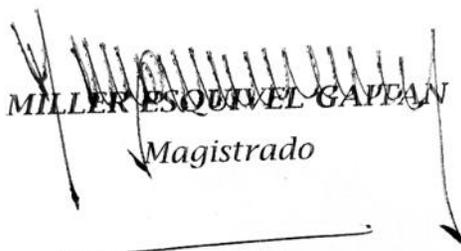
gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección SA. 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 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 CARLOS ENRIQUE BELTRÁN PEINADO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho 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

Carlos Enrique Beltrán Peinado, 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 ineficacia de su traslado al RAIS y, en

consecuencia, se tenga como válida su afiliación a Colpensiones. De igual manera, se retrotraigan los efectos de la afiliación y se trasladen a Colpensiones la información y los dineros aportados. Asimismo, se condene a lo que resulte en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho 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 19 de septiembre de 1960; se vinculó al sistema general de pensiones el 14 de abril de 1994; el 9 de septiembre de 1994 suscribió el formulario de afiliación a Porvenir SA; no recibió ninguna asesoría profesional que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, tampoco recibió comparativos ni paralelos entre ambos regímenes; solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado, sin obtener respuesta por parte de Porvenir SA, mientras que Colpensiones se pronunció de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor, de su inicial vinculación al sistema general de pensiones y de su traslado al RAIS, así como 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 aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Porvenir SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital), en la que declaró como inexistente el traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 9 de septiembre de 1994, por intermedio de la AFP Porvenir SA; al no haber transcurrido el término mínimo de permanencia de 3 años, luego de la selección inicial. Declaró que el demandante siempre ha estado afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes recaudados, junto con los rendimientos pensionales, cuotas de administración, comisiones, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, primas del seguro previsional y, en general, cualquier valor recibido por la AFP. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros, reactivar la afiliación del actor sin solución de continuidad y reconstruir su historia laboral. Concedió a las accionadas un término de 15 días a efectos de materializar la orden dada. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que el actor lleva más de 26 años en el RAIS, ratificando de esta manera su voluntad de permanencia, aunado a que la decisión de primer grado afecta significativamente la sostenibilidad financiera del sistema. Dijo que la falta de contribución durante todos esos años al fondo común se traduce en una descapitalización del RPMPD, generando un riesgo sobre los restantes afiliados. Agregó que el demandante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero al no informarse sobre su situación pensional.

Porvenir SA manifestó que las únicas sumas sobre las cuales procede la devolución son los aportes pensionales junto con los rendimientos, pues también en el RPMPD se descuentan gastos de administración y primas de seguro previsional. Añadió que estos últimos valores se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, ya que no están destinados a financiar la pensión. Aseguró que en el presente asunto se declaró la inexistencia, no la ineficacia, del

traslado; y en el evento que las cosas vuelvan a su estado anterior, no hay lugar a devolver los rendimientos, o, en su defecto, debe declararse probada la excepción de compensación.

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 indicando que no se acreditaron los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se condene a la AFP accionada a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPMPD.

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 respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

TRASLADO DE RÉGIMEN POR FUERA DEL TÉRMINO OTORGADO POR LA LEY

Se encuentran acreditados dentro del proceso los siguientes hechos: (i) Carlos Enrique Beltrán Peinado nació el 19 de septiembre de 1960; (ii) se afilió al RPMPD el 14 de abril de 1994, siendo la vinculación al ISS de esa misma fecha, conforme se verifica en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones; (iii) el 9 de septiembre de 1994 suscribió el formulario de vinculación a la AFP Porvenir SA, efectiva a partir de ese mismo día, tal como se constata en el mentado formulario y en el historial de vinculaciones expedido por Asofondos.

Precisado lo anterior, y frente al reparo formulado por Colpensiones, lo primero que debe acotar la Sala es que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, previeron dos escenarios posibles: (i) los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 podían continuar automáticamente suscritos a dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) las personas que hubieran efectuado su selección inicial después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 sólo

podían trasladarse luego de transcurridos 3 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la mencionada normativa, término modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual se amplió a 5 años.

Así, teniendo en cuenta que la selección inicial de régimen la realizó el actor el 14 de abril de 1994, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, resulta claro que sólo podía trasladarse al RAIS luego de transcurridos 3 años. Razón por la cual el traslado efectuado el 9 de septiembre de 1994 no puede tenerse como válido, al haberse tramitado por fuera de los plazos fijados para el efecto, como acertadamente lo concluyó el a quo. Sobre el particular se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2259-2022, rememorando la sentencia del 4 de julio de 2012 con radicación No. 46106, reiterada en la SL8215-2016, en los siguientes términos:

“1.- La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.

2.- Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.”

Entonces, en el sub examine sólo puede tenerse como válida la última afiliación realizada por Beltrán Peinado respetando los términos establecidos en las normas antes citadas, que corresponde a la efectuada el 14 de abril de 1994; por lo que no son de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Colpensiones relativos a que el actor ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS o que incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, ya que el acto jurídico aquí analizado no puede entenderse saneado por tales circunstancias, en tanto fue celebrado contraviniendo las normas que establecen su validez, concretamente, transgrediendo una prohibición legal.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, en lo que respecta a los efectos de la declaratoria de invalidez de la vinculación del accionante al RAIS, cumple recordar que el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 establece que:

“Artículo 17. Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.” (Destaca la Sala)

De lo anterior se colige que lo procedente en casos como el aquí estudiado es transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado. En similar sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4777-2019, en los siguientes términos:

“Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.”

Conforme al criterio reseñado, las únicas sumas susceptibles de devolución en el sub judice son las cotizaciones con sus rendimientos, así como los bonos pensionales en el evento de haberse redimido; asistiéndole razón a Porvenir SA en este aspecto, dado que ni la norma ni la jurisprudencia han contemplado, como consecuencia de la declaratoria de invalidez del acto de afiliación, la devolución de los gastos de administración, comisiones, aportes con destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ni las primas del seguro previsional. Imponiéndose modificar la decisión apelada y consultada en este aspecto; no sin antes señalar 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 invalidez de la afiliación de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción formulada, 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, las sumas cuya devolución aquí se ordenan son imprescriptibles, por guardar 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,

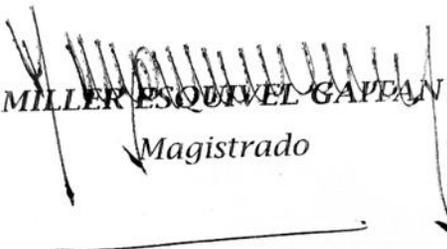
R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada en el entendido que las sumas que deberá trasladar la AFP Porvenir SA a Colpensiones son las contenidas en la cuenta de ahorro individual del actor, esto es, las cotizaciones recibidas con sus respectivos rendimientos, así como los bonos pensionales en el evento de haberse redimido; conforme a lo considerado.*

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

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR ORDOÑEZ LINARES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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.

A U T O

Reconocer personería a la abogada Diana Johana Buitrago Ruge quien se identifica con cédula de ciudadanía No 1.019.025.170 y la T.P. No. 226.864 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Tercero 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

Óscar Ordóñez Linares, 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 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 la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar descuento alguno; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y 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: inicialmente se vinculó al ISS; en julio de 1999 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA; el asesor de la época no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las consecuencias del traslado, tampoco le informó sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; en el año 2000 solicitó ante las accionadas la nulidad de su traslado de régimen y la activación de su afiliación en el 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 todas las pretensiones formuladas (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de traslado al RAIS del actor, 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 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, 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 en término oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 7 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados 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 el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 11 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 28 de junio de 1999. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias (de haberlas realizado), bonos pensionales (en caso de haber sido redimidos), con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento de ninguna naturaleza. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros, activar la afiliación del accionante y actualizar su historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional del

actor es completamente válido, ya que se le brindó una adecuada información, en los términos de la normatividad vigente para la época, tal como se establece con el formulario de afiliación. Agregó que no es viable devolver los rendimientos financieros, por cuanto pondrían a los afiliados en una condición distinta a la que se encontrarían de haber permanecido en el RPMPD. Indicó que tampoco es posible devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional, pues éstas han sido descontadas por disposición legal y, debido a su buena gestión, se generaron rendimientos financieros. Por último, solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas.

Colpensiones manifestó que no es posible aplicar al presente asunto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre inversión de la carga de la prueba; agregando que no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información. Añadió que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema,

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando que se revoque la decisión de primer, con fundamento en que el actor no probó la existencia de vicios en el consentimiento, aunado a que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Porvenir SA reiteró los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

Por último, la parte actora solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia alegando que la AFP accionada no logró demostrar el cumplimiento de su deber de información.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar

sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

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

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “el asesor de la época no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las consecuencias del traslado, tampoco 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 28 de junio 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.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el 28 de junio de 1999 se encontraba laborando en una empresa y su jefa reunió a los trabajadores para decirles que el ISS se iba a acabar y que la opción era pasarse a un fondo privado a fin de no perder el tiempo de llevaban cotizado. Indicó que su jefa tenía bastante credibilidad y él era muy ignorante, por eso accedió a trasladarse. Aseguró que, durante la reunión, su jefa estuvo acompañada por un muchacho del fondo privado, pero él casi no habló, lo único que hizo fue pasarles el formulario.

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 actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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.

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 aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los mismos fueron descontados por disposición legal, y corresponden a una contraprestación

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

por la buena administración de los recursos, en virtud de la cual se generaron 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 no operar dicho reembolso, 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, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, lo que descarta de plano la aplicación de las restituciones mutuas, en los términos solicitados por Porvenir SA en su recurso de apelación. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, dada las consecuencias de dicha declaratoria, 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, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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, en lo que a la condena en costas refiere, se mantendrá, 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. Argumentos por los que, igualmente, se condenará al pago de las costas de esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de apelación.

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

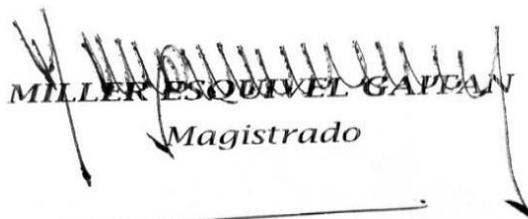
R E S U E L V E

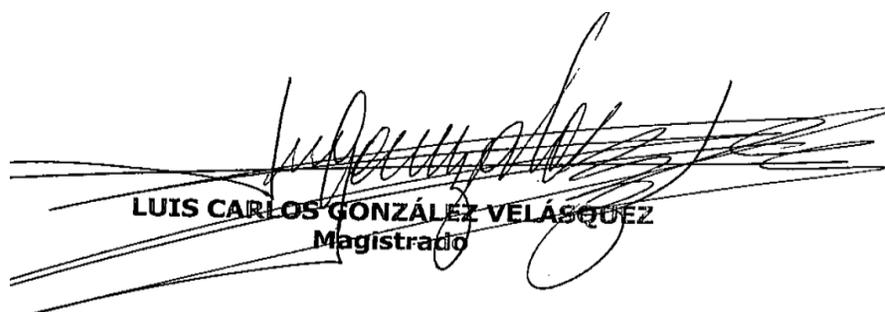
Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

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

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. 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 LUZ ÁNGELA PORTILLA SERRANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 Cindy Brillith Bautista Cárdenas quien se identifica con cédula de ciudadanía No 1.022.361.225 y la T.P. No. 237.264 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.

Reconocer personería a la abogada Jessica Fernanda Girón Sánchez quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.049.635.136 y la T.P. No. 368.140 del CS de la J, como apoderada sustituta de la AFP Porvenir SA, 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Luz Ángela Portilla Serrano, 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 nulidad e 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 los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación. 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 en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 2 de agosto de 1960; se afilió al ISS el 10 de julio de 1984; el 23 de enero de 1999 se trasladó al RAIS por intermedio de Porvenir SA; el promotor de la AFP accionada no le entregó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva respecto de las consecuencias del traslado, ni sobre las características de uno y otro régimen pensional; los días 17 y 18 de diciembre de 2018 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 todas las pretensiones formuladas (archivo 2 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al ISS, 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 descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 5 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de vinculación de la actora al RAIS, la reclamación presentada ante esa sociedad y la respuesta negativa obtenida; 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.

Por auto del 10 de septiembre de 2021 se dispuso vincular al trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (archivo 8 del expediente digital), quien contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital); 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 falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional de la señora Luz Ángela Portilla Serrano.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 27 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 23 de enero de 1999. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluidos los rendimientos generados, lo descontado por concepto de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la accionante en el RPMPD sin solución de continuidad. Ordenó a Porvenir SA al Ministerio de Hacienda los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de bono pensional. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que el traslado de régimen pensional de la actora se dio de manera voluntaria, como se demuestra con el formulario de afiliación; además, ella se ha venido beneficiando del RAIS durante 20 años, al punto que ha tenido la cobertura de los seguros previsionales. Indicó que Colpensiones no participó en el traslado de régimen pensional y que, en caso de mantenerse la decisión de primer grado, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Indicó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas.

Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, en tanto se le suministró la información exigida por la legislación vigente para la época. Aseguró que no es posible devolver los rendimientos financieros junto con los gastos de administración y las primas de seguro previsional, ya que se descontaron por disposición legal para amparar los riesgos de invalidez o muerte. Dijo que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión, sino que corresponden a una contraprestación por la gestión realizada en virtud de la cual se generaron rendimientos. Finalmente, solicitó que se aplique la figura de restituciones mutuas.

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, manifestando que la afiliación de la actora al RAIS se dio de manera libre y voluntaria y que la información suministrada por la AFP Porvenir SA debe valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha en la cual se suscribió el formulario de afiliación.

Por último, la accionante solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia alegando que la AFP accionada no logró demostrar el cumplimiento de su deber de información.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 62 años de edad, en tanto nació el 2 de agosto de 1960, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 23 de enero de 1999 a la

AFP Porvenir SA (archivo 1 del expediente digital), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo "el promotor de la AFP accionada no le entregó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva respecto de las consecuencias del traslado, ni sobre las características de uno y otro régimen pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,

la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 23 de enero 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 es enfermera; en el año 1984 empezó a cotizar en el ISS; comenzando 1999 su empleador la citó a una reunión en la que le presentaron el nuevo fondo pensiones Porvenir; esa charla duró más o menos 10 a 15 minutos y le brindaron una información general sobre el riesgo que corría por permanecer en el ISS, ya que esa entidad no permanecería en el país y perdería sus semanas; a los dos días de realizada la reunión el asesor pasó por su puesto de trabajo para que firmara el formulario de afiliación.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por lo demás precario, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como 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 señalado por Colpensiones en su recurso, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia de la afiliada al RAIS, 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 23 de enero 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 realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta Sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los mismos fueron descontados por disposición legal, corresponden a una contraprestación por la buena administración de los recursos, o que estos dineros no hacen parte integrante de la pensión; 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 no operar dicho reembolso, 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, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, lo que descarta de plano la aplicación de las restituciones mutuas, en los términos solicitados por Porvenir SA en su recurso de apelación. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, dada las consecuencias de dicha declaratoria, 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, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 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. Argumentos por los que, igualmente, se condenará al pago de las costas de esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de apelación.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la 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 Colpensiones y Porvenir SA. 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 GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA DEL PILAR GUTIERREZ ZULUAGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 cédula de ciudadanía 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 del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2022, por el Juzgado

Quince Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Gloria del Pilar Gutiérrez Zuluaga, 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 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 aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho 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 25 de mayo de 1969; realizó aportes pensionales a Cajanal desde el 2 de marzo de 1992 hasta el 31 de agosto de 1993; se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir SA, en marzo de 2002; el promotor de la AFP accionada no le entregó información clara, pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de los beneficios y consecuencias del traslado de régimen pensional; el 20 de agosto de 2021 presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, 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 prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital); frente a los hechos la fecha de vinculación de la actora al RAIS; 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 el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 9 de abril de 2002, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiente a aportes, rendimientos financieros y bono pensional. Condenó a Colpensiones a aceptar las sumas trasladadas, activar la afiliación de la accionante y actualizar su historia laboral. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se condene a la AFP accionada a la devolución total de las sumas recibidas por concepto de la afiliación del demandante, incluidos gastos de administración, comisiones, porcentaje abonado al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje destinado al seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades.

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 solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, o, en su defecto, de ser confirmada, se acoja la decisión de no condenar a la devolución de gastos de administración.

A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la ineficacia del traslado.

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 Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se adicione la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la AFP accionada a trasladar también las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como 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). Considero 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 la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, como acertadamente lo refirió Colpensiones en su recurso; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. 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 no operar dicho reembolso, 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, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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; razón por la cual se adicionará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el 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 adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

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

R E S U E L V E

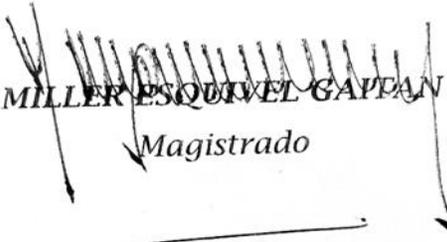
Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, además de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *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.*

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

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME DUQUE JARAMILLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia del 1° de julio de 2022, proferida por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Jaime Duque Jaramillo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a las AFP Porvenir

SA y Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los saldos contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los cobros, gastos de administración y rendimientos; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: al inicio de su vida laboral estuvo vinculado al RPMPD; un asesor de la AFP Protección SA lo indujo a trasladarse al RAIS; el asesor de la época omitió informarle sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS; posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir, donde se encuentra actualmente afiliado; el 14 de noviembre de 2017 solicitó ante la AFP Porvenir SA su desvinculación del RAIS, obteniendo respuesta negativa; el 6 de septiembre de 2017 radicó solicitud de traslado a Colpensiones, sin obtener respuesta; el 27 de abril del 2018 solicitó a Protección SA su desvinculación del RAIS, empero, no obtuvo respuesta.

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 8 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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 16 del expediente digital); frente a los hechos aceptó el traslado del actor al RAIS, su actual vinculación a esa AFP, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Protección SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 23 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por el demandante ante esa AFP y la ausencia de contestación; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción 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 29 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 realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros ordenados y actualizar la historia laboral de Jaime Duque Jaramillo en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP demandadas.

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 del demandante al RAIS efectuado por intermedio de la AFP Davivir, hoy Protección SA, decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha

Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al no haberse recurrido la decisión de primer grado; precisando que era Protección SA quien tenía la información que debió suministrar al 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 o ineficacia 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 la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP accionadas 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 o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y el 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 del demandante. De no operar dicho reembolso,

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, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad

que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998). Enfatizando que las eventuales prestaciones económicas a cargo de Colpensiones, no resultan gratuitas o una sanción, pues para ello se ordenó la entrega de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la accionante, que bien puede ser superiores a los que se habrían obtenido en RPMPD.

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

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA y 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 consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA y 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 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 ÓSCAR DARÍO RODRÍGUEZ POSADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 26 de mayo de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Óscar Darío Rodríguez Posada, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la ineficacia, o en subsidio la nulidad, de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a devolver a Colpensiones todas las sumas recibidas con motivo de su afiliación, incluidos aportes, bonos y rendimientos; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros, activar su afiliación y corregir su historia laboral. De igual manera, se condene a Protección SA a reconocer y pagar los perjuicios morales causados, que estima en 200 smlmv. 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 en el archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 18 de noviembre de 1957; estuvo afiliado al ISS desde 1980 hasta 1999; el 9 de mayo de 1999, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió el formulario de afiliación a Protección SA; el asesor de la época no le advirtió sobre los riesgos que corría al trasladarse de régimen; el 13 de junio de 2019 solicitó ante las accionadas la nulidad de su traslado al RAIS, 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 todas las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, 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 inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Protección SA presentó contestación oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 3 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de su traslado al RAIS, así como la reclamación presentada ante esa AFP y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes

manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: 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, objeción al decreto de la prueba testimonial del demandante, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 2 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de Colmena AIG, hoy Protección SA. Declaró que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, todo con los frutos producidos, debiendo devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. Ordenó a Colpensiones a recibir las sumas ordenadas y a actualizar la historia laboral del accionante. Absolvió de las restantes pretensiones, concretamente la indemnización por perjuicios morales. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Protección SA argumentó que cumplió con el deber de información, tal como se demuestra con el formulario de afiliación, único requisito exigido para la época; aunado a que la asesoría se dio de manera verbal. Agregó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, conforme al artículo 2

de la Ley 797 de 2003. Dijo que el accionante recibió una asesoría adecuada, completa, suficiente y transparente antes del límite establecido por la norma antes citada; además, decidió realizar cotizaciones en el RAIS durante todos estos años, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer en dicho régimen. Afirmó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que corresponden a una contraprestación por la buena gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos. Agregó que las primas de seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora y, de mantenerse la decisión de primer grado, se configuraría un enriquecimiento sin causa. Por último, solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas y que se absuelva de la condena en costas.

Colpensiones manifestó que es un tercero de buena fe, razón por la cual no hay lugar a imponérsele condena alguna. Afirmó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, alegando que la AFP accionada no demostró el cumplimiento de su deber de información.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Las demandadas hacen referencia en sus respectivos recursos de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor 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 pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 64 años de edad, en tanto nació el 18 de noviembre de 1957, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 3 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 9 de mayo de 1999 a la AFP Colmena AIG, hoy Protección SA (archivo 3 del expediente digital), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en los recursos en este punto.

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

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente 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 recibió información técnica y adecuada al momento de suscribir el formulario de afiliación a Protección SA; el asesor de la época no le advirtió sobre los riesgos que corría al trasladarse de régimen”, 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 Colmena, hoy Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 9 de mayo 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.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1999 llegó hasta su puesto de trabajo un asesor ofreciéndole el cambio de régimen pensional; también le indicó que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS se podría pensionar antes y con una mejor pensión. Dijo que la asesoría fue individual y duró media hora. Aseguró años después de suscribir el formulario de afiliación recibió asesoría sobre su situación pensional e intentó regresar al ISS, pero le respondieron que ya no podía porque le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colmena, hoy Protección SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que

constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “se podría pensionar antes y con una mejor pensión”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo señalado por Protección SA en su recurso, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni por haber recibido alguna información con posterioridad, 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 9 de mayo de 1999, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Colmena, hoy Protección 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 Colmena, hoy Protección 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.

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.

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 aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Protección SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los mismos corresponden a una contraprestación por la buena administración de los recursos, en virtud de la cual se generaron 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 del demandante. De no operar dicho reembolso, 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.

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.

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, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, lo que descarta de plano la aplicación de las restituciones mutuas, en los términos solicitados por Protección SA en su recurso de apelación. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso tanto Colpensiones como Protección SA han 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 y Protección SA asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que, igualmente, se condenará al pago de las costas de esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de apelación.

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 ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

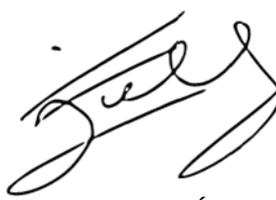
Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección SA. 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 GAFFAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO PABLO BALLÉN SILVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Pedro Pablo Ballén Silva, 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 o ineficacia de su traslado al RAIS, realizado el 31 de octubre de 1997, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos causados; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación sin solución de continuidad. Adicionalmente, se declare que es beneficiario del régimen de transición y se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985. 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 en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 20 de marzo de 1954; se afilió al ISS el 13 de noviembre de 1986; cotizó a la Caja de Previsión Social Caprecundi desde el 1° de enero de 1994 hasta el 31 de mayo de 1995; el 31 de octubre de 1997 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el traslado de régimen pensional no estuvo precedido de la suficiente ilustración precisa y completa por parte de la AFP accionada; hasta el 31 de enero de 2017 ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1.514 semanas; el 9 de noviembre de 2018 solicitó ante Colpensiones aceptarlo como su afiliado; es beneficiario del régimen de transición y acredita los condicionamientos para acceder a la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS y la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Porvenir SA contestó en término, oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor al RAIS, y el total de semanas cotizadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, el traslado de régimen del demandante es inviable por tener calidad de pensionado, prescripción, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

Por auto del 21 de septiembre de 2020 se dispuso vincular al trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (archivo 4 del expediente digital); quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor. Propuso las excepciones que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, el bono pensional del señor Pedro Pablo Ballén ya se emitió y redimió, y el señor Pedro Pablo Ballén es beneficiario de una pensión de vejez (garantía de pensión mínima) situación que impide su retorno a Colpensiones.

Mediante proveído del 10 de febrero de 2021 se dispuso vincular al trámite al Departamento de Cundinamarca (archivo 12 del expediente digital); quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa para ser demandada, cobro de lo no debido, prescripción, y la genérica.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Porvenir SA presentó demanda de reconvencción solicitando que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, se condene al actor a reintegrar, debidamente indexadas, las sumas que le han sido canceladas por concepto de mesadas pensionales desde febrero de 2019. Subsidiariamente petitionó que se autorice a Colpensiones a descontar dichos valores del retroactivo pensional que le sea reconocido al demandante.

Como sustentos fácticos de sus pretensiones, Porvenir SA manifestó que el 12 de enero de 2018 el accionante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció y pagó el cupón del bono pensional Tipo A de Ballén Silva por valor de \$9.377.000,00; mediante Resolución 19107 del 30 de enero de 2019 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público otorgó el beneficio de la garantía de pensión mínima en favor del demandante; a través de comunicación del 11 de febrero de 2019 Porvenir SA efectuó el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía de pensión mínima al accionante, la cual ha venido pagando de manera completa y oportuna hasta la fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La parte actora presentó escrito de contestación, oponiéndose a las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción (archivo 1 de expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó su condición de pensionado en los términos indicados por Porvenir SA. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y prescripción.

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 absolvió a las accionadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que no se probó el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP accionada. Dijo que si bien ostenta la calidad de pensionado, tal condición la adquirió con posterioridad a la radicación de la demanda, por lo que no se puede aplicar una jurisprudencia que fue proferida con posterioridad. Por último, solicitó que se acuda a las facultades ultra y extra petita para condenar al pago de los perjuicios causados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primer grado.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA CALIDAD DE PENSIONADO

Se encuentra acreditado dentro del proceso que el 31 de octubre de 1997 el accionante suscribió el formulario de vinculación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA. De igual manera, está probado que mediante comunicación del 11 de febrero de 2019 Porvenir SA reconoció a Pedro Pablo Ballén Silva una pensión de vejez con garantía de pensión mínima, a partir del 1° de febrero de esa misma anualidad, en cuantía inicial de \$828.116,00.

Así, el problema jurídico a resolver se circunscribe en verificar si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por el actor, pese a que éste ostenta la calidad de pensionado en el RAIS.

Para resolver el interrogante, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, entre otras razones, porque ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:

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

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

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

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

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

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

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

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

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

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

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.”

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

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

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

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

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

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

sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.”

Es cierto que los medios de convicción obrantes en el plenario no permiten concluir que la AFP demandada, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional del promotor de la litis, hubiese cumplido con el deber de información que le correspondía. Pese a ello, no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque, tratándose de un pensionado, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, pero como ello no fue propuesto por el demandante desde el inicio de la acción, la Sala no puede abordar ese análisis, en razón del respeto al derecho de defensa y contradicción del extremo pasivo, que sólo planteó su oposición frente a la súplicas de ineficacia y las consecuencias que de allí se desprenden.

En otras palabras, como la reclamación por perjuicios fue planteada en esta instancia, tal pedimento resulta nuevo dentro del proceso, por lo que incluirlo dentro de la controversia en este momento procesal, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Proceder en contra de dicho principio implica la vulneración del derecho de defensa de los demandados, sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en atención a las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (artículo 50 del CPT y SS).

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

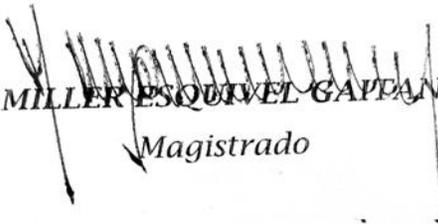
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OMAIRA JIMÉNEZ BARRERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto 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 al abogado Nicolás Eduardo Ramos Ramos quien se identifica con cédula de ciudadanía No 1.018.469.231 y la T.P. No. 365.094 del CS de la J, como apoderado sustituto de la AFP Porvenir SA, 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 6 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Omaira Jiménez Barrero, 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 todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones activar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.

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 13 de diciembre de 1966; desde el inicio de su vida laboral realizó cotizaciones al ISS, acumulando un total de 472,43 semanas; el 16 de noviembre del 2000 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir SA; el asesor de la época no le brindó información sobre los beneficios y desventajas del traslado de régimen; el 3 de septiembre de 2019 solicitó ante Colpensiones si traslado al RPMPD, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 15 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, las semanas cotizadas en el RPMPD, la reclamación presentada ante esa entidad y 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 de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de la entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y de ponderación, el error de hecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 14 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de suscripción del formulario de vinculación a esa AFP, así como la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; 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 21 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1° de enero de 2001, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, así como lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima; debidamente indexadas. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos valores y a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que es un tercero de buena fe y que el traslado de régimen pensional de la actora se dio de manera libre, consciente y voluntaria, con el lleno de los requisitos vigentes para la época. Indicó que la demandante no tiene un derecho adquirido y tampoco una expectativa, ya que no es beneficiaria del régimen de transición. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional consagrado en la Ley 797 de 2003, la cual protege la sostenibilidad financiera del sistema. Aseguró que la carga de la prueba está en cabeza de la demandante, de conformidad con el artículo 167 del CGP, por lo que no es posible aplicar la jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia sobre inversión de la carga de la prueba. Por último, indicó que la decisión de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Porvenir SA manifestó que no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la actora fue tomada de manera consciente y espontánea, con el cumplimiento de los requisitos vigentes para la época, para lo cual se le brindó información veraz y suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características del régimen, tal como se establece con el formulario de afiliación y con su permanencia en el RAIS durante más de 20 años. Añadió que no es posible devolver conjuntamente los rendimientos, gastos de administración y primas de seguro previsional, dado que la declaratoria de ineficacia implica que nunca se generaron esos rendimientos. Afirmó que los gastos de administración tienen una destinación específica y fueron debidamente invertidos en la forma exigida por la ley, por lo que no es posible su devolución. Dijo que las primas de seguro previsional ya fueron trasladadas a la aseguradora. Por último, solicita 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, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

Porvenir SA también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia alegando que la actora se encuentra inconforme con el valor de la mesada pensional, situación que no puede ser considerada como un elemento para declarar la ineficacia del traslado, puesto que la señora Omaira Jiménez tuvo la oportunidad de trasladarse al RPMPD y no lo hizo.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 55 años de edad, en tanto nació el 13 de diciembre de 1966, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 16 de noviembre del año 2000 a la AFP Porvenir SA (archivo 1 del expediente digital), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se

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

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “el asesor de la época no le brindó información sobre los beneficios y desventajas del traslado de régimen”, 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 16 de noviembre del 2000. 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 es enfermera jefe; en el año 2000 pasó su hoja de vida al Hospital San Ignacio y allí le exigieron como requisito que debía afiliarse a un fondo de pensiones, en ese momento estaba un asesor de Porvenir SA y le dijeron que se afiliara con él y luego volviera. El asesor de la AFP accionada le informó que el ISS se iba a acabar, tanto así que el hospital estaba con Porvenir; también le dijo que esa AFP era una empresa sólida; luego de eso firmó el formulario de afiliación; la charla duró de 3 o 4 minutos.

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 de la afiliada al RAIS, 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 16 de noviembre del 2000, 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 realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta Sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con

las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con

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.

sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que los mismos tienen una destinación específica y fueron debidamente invertidos en la forma exigida por la ley; 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 no operar dicho reembolso, 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, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, dada las consecuencias de dicha declaratoria, 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, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 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 tanto Colpensiones como Porvenir SA han 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 y Porvenir SA asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que,

igualmente, se condenará al pago de las costas de esta instancia, dada la improsperidad de los recursos de apelación.

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

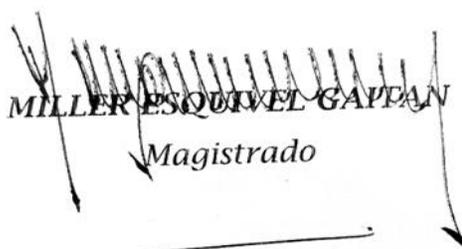
R E S U E L V E

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.*

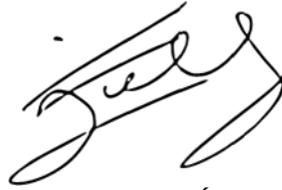
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. 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 GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. W. González Zuluaga', written in a cursive style.

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 MANUEL ANTONIO ÑÁÑEZ GARZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍA

En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

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

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente a aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Manuel Antonio Nández Garzón, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todas las sumas recibidas con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación sin solución de continuidad. 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 en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de julio de 1959; estuvo afiliado al ISS, efectuando cotizaciones del 1° de agosto de 1977 al 28 de febrero de 1999; el 4 de febrero de 1999 firmó el formulario de afiliación a Colfondos SA; la AFP accionada no le brindó de manera oportuna información sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; en el año de 2019 solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado de régimen y su retorno 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 todas las pretensiones formuladas

(archivo 2 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, 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 descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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.

Colfondos SA presentó contestación oponiéndose únicamente a los pedimentos relacionados con la condena en costas y los derivados de las facultades ultra y extra petita (archivo 6 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de suscripción del formulario de afiliación, así como la reclamación presentada ante esa AFP y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 13 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 4 de febrero de 1999, por intermedio de Colfondos SA. Declaró que el accionante se encuentra afiliado de manera efectiva al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar. Ordenó a Colpensiones a recibir las sumas ordenadas, activar la afiliación del accionante y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Colfondos SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la declaración de ineficacia afecta el patrimonio de la entidad y la sostenibilidad financiera del sistema. Agregó que el demandante actuó de manera negligente al no ilustrarse sobre su situación pensional y al no hacer uso de la rescisión ni del derecho de retracto, por lo que no es viable declarar la ineficacia del traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

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

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 Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad

respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como la procedencia o no de las demás 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). Considero 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 la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; 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 del demandante. De no operar dicho reembolso, 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, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado en lo que concierne a la condena impuesta a Colpensiones, siendo pertinente precisar 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 el 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, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a 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 apelada y consultada en el sentido de conceder a Colfondos 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 Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado