

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 JULIO MÉNDEZ MONTAÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y RAFAEL ANTONIO GONZÁLEZ GÓMEZ

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de febrero 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Reinaldo Acevedo, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Rafael Antonio González Gómez del 1º de septiembre de 1998 al 28 de febrero de 2004, tiempo en el que el empleador no realizó aportes en pensión, en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de vejez desde el 24 de agosto de 2009, junto con los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.

Debido a que en el curso del proceso el señor Rafael Antonio González Gómez realizó el pago del cálculo actuarial y Colpensiones procedió a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante a partir del 16 de febrero de 2015, la parte actora precisó las pretensiones, manifestando que el proceso debía continuar por el retroactivo pensional causado entre el 24 de agosto de 2009 y el 16 de febrero de 2015, los incrementos de ley e intereses moratorios (fl. 127).

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 24 de agosto de 1949, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes de 2009 y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la edad de 40 años; cuenta con 436.28 semanas cotizadas a Colpensiones; solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 4 de mayo de 2011. Debido a que no cumplía con la densidad de semanas requeridas la entidad negó la prestación. Peticionó la revocatoria directa del acto administrativo, pero la decisión se confirmó a través de GNR 29998 del 10 de febrero de 2015. Laboró para el señor Rafael González Gómez desde el 1º de septiembre de 1998 hasta el 28 de febrero de 2004, período por el que sólo se cotizaron 30.85 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 37 a 44). Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, y la edad de aquel para los años 1994 y 2009, el número de semanas cotizadas, la petición de la prestación pensional, las causas que llevaron a la negativa de la solicitud y la confirmación de esa decisión. Como medios de defensa propuso las

excepciones que denominó falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

A su vez, Rafael Antonio González Gómez dio contestación en término, se opuso a las pretensiones dela demanda (fls. 60 a 70), no aceptó ninguno de los hechos. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho alegado y de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe, prescripción y caducidad.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 140), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y de la obligación y cobro de lo debido.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que en el presente asunto no puede castigarse al pensionado por las fallas del empleador en la afiliación extemporánea del trabajador, ni por la inactividad de la administradora de pensiones que desde el año 2011 conocía de las irregularidades del contrato de trabajo entre él y González Gómez. Así, debe procederse al reconocimiento del retroactivo pensional desde el cumplimiento mínimo de los requisitos, esto es desde el año 2009, ya que los tiempos incorporados a la historia laboral con ocasión al pago del cálculo actuarial fueron anteriores al cumplimiento de la edad y no posteriores. En ese orden, el pago de los intereses moratorios es procedente, debido a que la solicitud del reconociendo prestacional data de 2011.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primera grado.

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

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

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante Resolución SUB 258079 del 15 de noviembre de 2017 Colpensiones reconoció a Reinaldo Acevedo pensión de vejez a partir del 16 de febrero de 2015, en cuantía inicial de \$644.350,00, teniendo en cuenta 730 semanas de cotización y un IBL de \$582.793,00, al que aplicó una tasa de reemplazo del 57%, con arreglo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fls. 116 a 118).

RETROACTIVO - PENSIÓN DE VEJEZ

Bien, para resolver la primera inconformidad planteada por el demandante procede la Corporación a verificar desde qué fecha le asiste derecho a la prestación al actor, advirtiéndose entonces que se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que al efecto enseña:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”

En igual sentido el artículo 35 del mencionado acuerdo prevé que para disfrutar de la pensión de vejez se requiere el retiro del servicio o del régimen.

Conforme a las normas citadas, una situación es la causación de la pensión de vejez y otra el disfrute de la misma, bien puede suceder que una vez reunidos los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez el trabajador siga laborando o cotizando a la seguridad social para mejorar la pensión, por eso advierte la norma que "(...) para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo"; es palmario que el disfrute de la pensión se difiere en beneficio del afiliado, en tanto que se le da la oportunidad de seguir cotizando al sistema y obviamente mejorar su pensión, ya por el número de semanas cotizadas que le da la oportunidad de aumentar el porcentaje o por la actualización del salario mensual base. La norma hay que interpretarla integralmente y no por partes para mantener el espíritu y la esencia que el legislador quiso darle al momento de expedirla, que no es otro que el ya señalado; por ello resulta completamente desatinado el alcance que pretende darle el actor a dicha disposición al pretender el reconocimiento de la prestación incluso antes de cumplir los requisitos establecidos para su causación.

Y es que las exigencias para acceder a la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, sólo fueron satisfechas por Acevedo, cuando el empleador realizó el pago del cálculo actuarial y con ocasión al mismo se procedió a la incorporación de las semanas, con lo que alcanzó la densidad requerida para el reconocimiento prestacional.

Al punto, cabe advertir, que no puede endilgarse a la administradora de pensiones negligencia alguna por la negativa al reconocimiento pensional a causa de la falta de pago del cálculo actuarial, pues el mismo derivó de la ausencia de afiliación del empleador, es decir, se encontraba en su momento en entredicho la existencia del contrato de trabajo entre las partes, y por ello, las pretensiones iniciales se encaminaban al reconocimiento del vínculo en los extremos alegados, para que posteriormente se procediera a la inclusión de dichos tiempos en la historia laboral.

Así, que no puede la parte confundir las consecuencias de la mora en el pago de aportes con la falta de afiliación al sistema, recuérdese que en la primera, hay contrato de trabajo y afiliación, por lo que la desidia de la administradora en el cobro de aportes conlleva a que se convaliden las semanas a favor del afiliado, mientras que en el segundo caso la omisión y responsabilidad es del empleador

al incumplir su deber legal y que con ocasión a ello debe proceder al pago del cálculo actuarial respectivo (Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 78487).

Ahora, en cuanto a que las semanas pensionales incorporadas a la historia laboral son previas al cumplimiento de la edad el 24 de agosto de 2009, basta con señalar, que ello no es óbice para que se proceda a reconocer la pensión de vejez desde dicha data, pues para entonces, se reitera, no se encontraban acreditadas las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad

En gracia de discusión, el comprobante del cálculo actuarial que obra en el expediente cuenta con fecha límite de pago el 30 de abril de 2017 (fl. 111), por lo cual la prestación debió reconocerse a partir de cuándo se acreditó el pago del cálculo que permitió completar el número de semanas requerido por la ley, sin embargo, Colpensiones procedió al reconocimiento de la pensión desde el 16 de febrero de 2015 (fl. 118 vto), fecha anterior al pago extemporáneo de aportes que hiciera el empleador, sin tener en cuenta la fecha en la que efectivamente se acreditaron las semanas para acceder a la pensión.

Deviene de lo anterior, la confirmación de la sentencia en este punto.

INTERESES MORATORIOS

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios, ha sido posición reiterada que estos son viables cuando la pensión tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como en el presente asunto.

Así, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra que:

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

De ahí, que si la entidad llamada a reconocer la pensión lo hace tardíamente debe pagar, además de ésta, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento de realizarse el pago.

En este sentido, como el actor reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez con el lleno de los requisitos el 1° de noviembre de 2017, según se observa a folio 116 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 1° de marzo de 2018, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9° de la ley 797 de 2003. Empero, como en el sub judice Colpensiones resolvió la petición el 15 de noviembre de 2017 (fls. 116 a 118), no hay lugar a condena por este concepto.

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

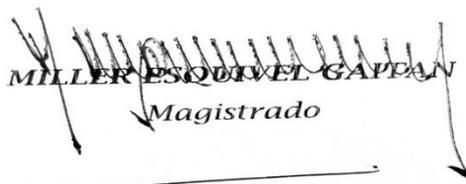
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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 \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS DUARTE COSSIO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No. 184.941 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido; y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 29 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Carlos Duarte Cossio, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administrado Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde la vinculación y a esta última a recibirlos, y a reconocer y pagar la pensión de vejez dese que Duarte Cossio Cumpla la edad, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 4 de marzo de 1957 y cuenta con 62 años de edad; prestó servicio militar del 8 de noviembre de 1976 al 30 de octubre de 1978; se vinculó al ISS el 7 de septiembre de 1979 con el empleador FRED SOMER sin que se acredite la totalidad del tiempo, ya que solo obran aportes desde 1989; para el 1º de abril de 1994 contaba con 986,86 semanas; con ocasión a la falta de información, se trasladó a Porvenir S.A. en el año 2003 luego de la visita del asesor a la empresa en la que laboraba; para el traslado suministró al asesor la información relevante; el fondo de pensiones adujo para la afiliación que el ISS se acabaría, que en la AFP accedería a una pensión de manera anticipada, con mayores ingresos y fuera de los tiempos establecidos por el seguro, sin que se le manifestaran las implicaciones del cambio de régimen, ni se ilustrara acerca de los escenarios pensionales en uno u otro régimen; no se le dijo la edad probable ni el monto la actual en la que se refiere una mesada de \$2.500.000; omitió la posibilidad de retracto, la prohibición de traslado cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; pese a que para la época del traslado contaba con un cargo directivo no contaba con la formación específica en pensiones; solicitó a Colpensiones que recibiera la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, solicitud que la entidad negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito

obrante a folios 63 a 68, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás señaló que no eran ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La AFP Porvenir S.A, notificada en legal forma, dentro del término de traslado, presento escrito visto a folios 93 a 118 del plenario; respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la edad, la visita del asesor de la AFP a las instalaciones de la empresa en la que el actor trabajaba para el año 2003 y que aquel suministró la información relevante para el traslado. Como medios de defensa propuso los que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo 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 (CD fl 165) través de la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de causal de nulidad y no condenó en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora, en síntesis manifiesta que en el plenario se acreditó la existencia de los vínculos laborales que se alegan. En cuanto a la afiliación a la AFP, aquella ocurrió sin que se suministrara información seria y responsable, lo que causó falsas expectativas, a más de que mediante engaños se le hizo creer que el ISS se acabaría, por lo que no tendría la posibilidad de acceder pensión. Por último, pese a que el fondo de pensiones alega que suministró información suficiente, sólo aportó el formulario de afiliación como sustento.

A su vez, Colpensiones argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliado a ese régimen sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

De otro lado, Porvenir S.A. solicitó confirmar la sentencia por cuanto el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como consta en el formulario de afiliación, a más de ello, para la época del traslado de régimen la norma que se encontraba en vigor era el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, sin que impusiera en cabeza de la AFP el deber del buen consejo ni la doble asesoría. Sostiene que en el caso en concreto, en el interrogatorio absuelto por el actor, se evidencia que recibió información del RAIS, como la posibilidad de pensionarse con antelación, la emisión y negociación del bono pensional, la posibilidad que los aportes ante el fallecimiento integraran la masa sucesoral y la generación de rendimientos financieros. Finalmente, aduce que los traslados horizontales son una muestra del conocimiento del régimen y las implicaciones de permanecer allí.

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

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.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "Porvenir S.A. nunca le informó las implicaciones que tendría el cambio de régimen pensional, de la misma manera tampoco lo ilustró en lo concerniente en los diferentes escenarios de pensión en cada uno de los regímenes (...) no le informó la posibilidad de retractarse (...)", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que " las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", 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, y en sentencia del de abril 2019, 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 que proceda el 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 o conocimientos especializados, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el señor Duarte Cossio al absolver interrogatorio de parte manifestó que al trasladarse al RAIS tendría mejores de beneficios pensionales, como una mesada pensional más alta, además de que el ISS se quebraría y por ende se acabaría. Tampoco tuvo la asesoría para trasladarse cuando le faltaran 10 años para acceder a la pensión. En el año 2002 se retractó de la afiliación a Porvenir S.A. para vincularse a otro fondo pensional del RAIS que le ofreció mejores beneficios, después de ello volvió a afiliarse a Porvenir en el año 2003 lo hizo a causa de la información que le suministraron, luego, los traslados entre los fondos fue un “juego de cambio de las administradoras ya que le ofrecían una mejor garantía

de proyección". Dejó de cotizar en pensiones desde el año 2019 y sabe que no hacerlo lo perjudica.

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al tiempo 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, por el contrario, la única prueba de ello es el formulario de afiliación, 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.

Al punto cabe resaltar, que si bien el actor en el año 2002 ejerció su derecho de retracto, ello no es óbice para determinar que conocía a las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, ello demuestra únicamente que aquel conocía de la posibilidad de ejercer ese derecho. Ahora, en cuanto al conocimiento del régimen pensional, contrario a lo que el a quo sostuvo en la sentencia, el actor no infirió que la decisión de traslado entre las administradoras ocurrió en razón de que era un juego afiliarse a éstas, sino que se centró en señalar que los fondos privados jugaban a ofrecer más beneficios, uno respecto del otro, y a causa de ello procedía a trasladarse.

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en enero de 2003. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

Así, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos,

de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado; como bien lo indicara el demandante al momento de sustentar su recurso. Sin dejar de lado que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad social, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular los primeros.

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 promotor de la solicitud de vinculación visible a folio 150 del expediente 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 realizó en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

En este orden, 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.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. 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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Carlos Duarte Cosssio con destino a la AFP Porvenir S.A., el 28 de enero de 2003 con efectividad a partir del 1° de marzo del mismo

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.

año; ordenando a la AFP Porvenir S.A. último fondo que está vinculada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

PENSIÓN DE VEJEZ

Solicita el actor se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad, sin que en los fundamentos de derecho se indique si quiera bajo que normativa se debe proceder al estudio prestacional.

Ahora, atendiendo a que el demandante llegó a la edad de 62 años (fl. 23 a) en el año 2017, se procede a verificar si procede el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual estableció que a partir del año 2015 la densidad necesaria para acceder a la pensión de vejez corresponde a 1300 semanas cotizadas.

Al punto, se evidencia de la historia laboral consolidada (fls. 24 a 31), que el señor Duarte Cossio tiene un total de 1258 semanas efectivamente cotizadas a mayo de 2019, motivo por el que no es beneficiario de la prestación pensional.

Ahora, en el hecho 3 de la demanda se alega que no se encuentra incorporada a la historia laboral la totalidad del tiempo en el que estuvo vinculado con el empleador FRED SOMMER, y con el que asegura prestó servicios desde 1979, pero, sólo se registra el vínculo laboral a partir de 1989, sin que eleve pretensión sobre la inclusión de dicho período, no obstante, en atención a que el juez de primer grado se pronunció al respecto se procede al estudio sobre este aspecto.

En este sentido, observa la Sala que se aportaron contratos de obra o labor contratada del 10 de septiembre de 1979 (fls. 38 a 43), 18 de septiembre de 1981 (fls. 46 a 52) y 31 de marzo de 1983 (fl. 55) con la empresa POOL AMERICAS INC. representada legalmente por el señor FRED SOMMER; contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año del 14 de julio y 2 de agosto de 1979 (fls. 44 y 45);

y contratos de trabajo a término indefinido del 17 de octubre de 1983 y 18 de septiembre 1981 de visibles a folios 53 y 54, respectivamente, sin que la historia laboral del demanda dé cuenta de estos como se evidencia en la ya referida historia laboral visible a folios 31 a 37.

Pese a ello, no es posible tener en cuenta para la contabilización de semanas dichos períodos, por cuanto se desconoce la duración de cada una de estas relaciones, a más que se observan dos contratos de trabajo de modalidad de vinculación diferente entre sí, pero suscritos para la misma data (fls. 46 a 52 y 54). Sobre el punto, se debe precisar que no puede la parte confundir las consecuencias de la mora en el pago de aportes con la falta de afiliación al sistema, recuérdese que en la primera, hay contrato de trabajo y afiliación, por lo que la desidia de la administradora en el cobro de aportes conlleva a que se convaliden las semanas a favor del afiliado, mientras que en el segundo caso la omisión y responsabilidad es del empleador al incumplir su deber legal y que con ocasión a ello debe proceder al pago del cálculo actuarial respectivo (Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 78487).

Así, en el caso bajo estudio nos encontramos frente a la segunda situación, por lo que debió el extremo accionante llamar a la litis al empleador a efecto a que proceda al pago del respectivo cálculo actuarial, por el período o períodos en los que prestó sus servicios. (Sentencia SL 1506 del 28 de abril de 2021, Rad. 88017).

En este orden, es claro que el actor no acredita los requisitos mínimos para acceder a la pensión reclamada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

Primero.- Revocar parcialmente sentencia consultada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Carlos Duarte Cossio con destino a la AFP Porvenir S.A., el 28 de enero de 2003 con efectividad a partir del 1° de marzo del mismo año. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

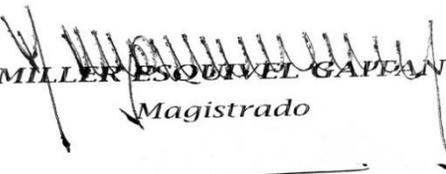
Segundo.- Ordenar a la AFP Porvenir S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Confirmar la sentencia consultada en cuanto negó el reconocimiento a la pensión de vejez.

Cuarto.- Declarar no probada la excepción de prescripción.

Quinto.- Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BLANCA NIEVE BERNARDA PÉREZ GUACANEME CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Blanca Nieve Bernarda Pérez Guacaneme, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las

AFP Porvenir S.A., Protección S.A y Skandia S.A. para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 1º de abril de 1997. En consecuencia, se establezca que recupera el RPMPD y se ordene a Porvenir S.A. a devolver los aportes, rendimientos financieros, bono pensional, intereses e indexación desde la fecha en que recibió el bono pensional y hasta tanto realice su devolución. Al pago de las costas procesales. Subsidiariamente, solicite de declare la nulidad del traslado.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 vto. a 4 vto. del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 10 de febrero de 1962; cotizó al otrora ISS desde el 1º de diciembre de 1982; se afilió a Porvenir S.A. el 1º de abril de 1997, administradora que no informó las implicaciones del traslado de régimen que permitiera tomar una decisión con conocimiento consciente; la AFP no obró con la prudencia, diligencia y pericia que le corresponde; no acredita la debida libertad informada que autorizó el cambio de régimen, ya que no presentó cuadros comparativos que evidenciaran las ventajas y desventajas del régimen que abandonaba; no se le manifestó cómo se tasaría la pensión ni el riesgo de estos aportes en la bolsa de valores y su afectación por el mercado de divisas; omitió la entrega del texto establecido en el artículo 15 y s.s. del Decreto 656 de 1994; también omitió informar acerca del derecho de retracto; Solicitó a la AFP el traslado a Colpensiones, lo cual se negó.

Por autos del 30 de enero y 24 de julio de 2019 se ordenó vincular al trámite a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (fls. 133 y 173).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 49 a 58); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia por falta de agotamiento de la vía administrativa y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo legal describió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 85 a 94); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la activa y la solicitud de traslado con destino a Colpensiones; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

De igual manera, Skandia S.A. en el escrito visible a folios 153 a 165, se opuso únicamente a la condena en costas y a las demás manifestó no allanarse ni oponerse, de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante a los demás indicó no constarle. Propuso la excepción que denominó pago.

Protección S.A. presentó escrito de contestación (fls. 198 a 206), se opuso a todas las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la Pérez Guaneme, de los demás dijo no constarle. Invocó como medios de defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 239) en la que negó las pretensiones formuladas contra las demandadas, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandante interpone recurso de apelación en el que considera que en el presente asunto se reprocha que los fondos de pensiones no suministraron información suficiente, como lo corroboró la juzgadora, hecho que no fue suficiente, ya que además de ello se determinó que no existe asidero jurídico para que regrese a Colpensiones, debido a que se

encontraba afiliada a Cajanal. Sobre el particular, la pretensión principal es declarar la ineficacia del traslado al RAIS no el retorno a Colpensiones y en todo caso, al declararse la nulidad, si bien no estuvo afiliada a dicha administradora, lo cierto es que debe retornar al régimen que esta administra, pues con el formulario de afiliación se corrobora la existencia del traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora, la que en síntesis manifiesta que debe operar la ineficacia del traslado por cuanto los fondos de pensiones incumplieron los deberes de asesoría, consejo, vigilancia y transparencia, aunado a que para la fecha del traslado la señora Pérez Guacaneme se encontraba afiliada al RPMPD por medio de Cajanal.

A su vez, Porvenir S.A. solicita se confirme la sentencia en razón a que no se acreditó la existencia de un vicio de consentimiento, puesto la selección de régimen fue una decisión libre espontánea y sin presiones, sin que mediara vicio por error fuerza o dolo.

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 demandante en su recurso de apelación.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso

es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no cumplió con la obligación legal de informar suficientemente al accionante de las implicaciones del cambio de régimen de prima media al de ahorro individual”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 5 de marzo de 1997. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que es abogada especialista en derecho penal, que para la época del traslado estaba afiliada a Cajanal con motivo a su vinculación con la Fiscalía General de la Nación - Seccional Cundinamarca. La persona que se le acercó, desestimó el Seguro Social y la Caja Nacional, pues adujo que no servían y se iban a acabar, que los fondos de pensiones eran mejores y que de no trasladarse podía perder los 10 años de aportes, que por la edad y las semanas no estaba cobijada por el régimen de transición y que la única opción que tenía era el traslado, por lo que lo hizo pensando que era lo mejor; los datos personales nos anotó de su puño y letra,

pero los demás como no los conocía le manifestaron que los anotaría luego el asesor; lo primero que le dijeron era que iban a actualizar la historia laboral, pero ningún fondo lo hizo; no se trasladó a Colpensiones en razón a que el fondo de pensiones la convenció que era lo mejor permanecer allí; en el año 2003 se afilió a la AFP Santander cuando la asesora le dijo que le actualizarían la historia laboral; se trasladó entre fondos de pensiones porque le manifestaron que era lo mismo estar en uno o en otro; en el 2011 una empleada de la AFP Horizonte le dijo que no podía regresar al RPMPD y le indicó el momento de la mesada pensional, lo que originó la presente demanda.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 96 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre y espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 96 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 defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, porque 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.

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 a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

En este sentido, no es de admisible la conclusión de la juez de instancia, quien determinó la imposibilidad de la ineficacia de traslado debido a que Cajanal se encuentra liquidada. Al punto, recuérdese que la referida caja era una administradora del régimen de prima media con prestación definida, motivo por el cual, el Decreto 2196 de 2009 dispuso el traslado de los afiliados de aquella al otrora ISS, en este orden, es claro que al ser hoy Colpensiones la administradora del RPMPD que asumió las funciones del ISS, al declararse la ineficacia del traslado, debe la actora retornar a Colpensiones.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativos a que la ignorancia de la ley no es excusa, que se trató de un error de derecho y que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se

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.

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

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Blanca Nieve Bernarda Pérez Guaneme con destino a la AFP Porvenir S.A., el 4 de marzo de 1997 con efectividad a partir del día siguiente; así como el traslado entre fondos a la AFP ING hoy Protección S.A. efectuado el 29 de mayo de 2003, con efectividad al 1º de julio del mismo año, el realizo de ING hoy Protección S.A. con destino a Old Mutual hoy Skandia S.A. el 7 de octubre de 2005 efectivo a partir del 1º de diciembre de esa calenda, el correspondiente de Old Mutual hoy Skandia S.A. a Horizonte hoy Porvenir S.A. de. el 6 de junio de 2008 efectivo desde el 16 de julio de dicha anualidad (fl 97); ordenando a la AFP Porvenir S.A. último fondo que está vinculada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas. Igualmente, se ordenará a Protección S.A y Skandia S.A. que trasladen a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración; debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de la nulidad de traslado de régimen 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, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Blanca Nieve Bernarda Pérez Guaneme con destino a la AFP Porvenir S.A., el 4 de marzo de 1997 con efectividad a partir del día siguiente; así como el traslado entre fondos a la AFP ING hoy Protección S.A. efectuado el 29 de mayo de 2003, con efectividad al 1º de julio del mismo año, el realizado de ING hoy Protección S.A. con destino a Old Mutual hoy Skandia S.A. el 7 de octubre de 2005 efectivo a partir del 1º de diciembre de esa calenda, el correspondiente de Old Mutual hoy Skandia S.A. a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 6 de junio de 2008 efectivo desde el 16 de julio de dicha anualidad. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

Segundo.- *Ordenar a la AFP Porvenir S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.*

Tercero.- *Ordenar a Protección S.A y Skandia S.A. que trasladen a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración.*

Cuarto.- *Declarar no probadas las excepciones propuestas.*

Quinto.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de las demandadas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA MONICA BARRIENTOS GOMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve 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

María Mónica Barrientos Gómez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Protección S.A, para que se declare: la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. en noviembre de 1996 y por tanto se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes y y a esta última a

contabilizarlos como semanas cotizadas, De igual manera pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicita se declare la ineficacia del traslado.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folio 4 archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de mayo de 1955; se afilió al otrora ISS el 18 de mayo de 1983; a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones estaba activa como cotizante; en noviembre de 1996 se afilió al RAIS, época en la que no fue informada de manera clara, veraz, oportuna y suficiente de las diferencias entre regímenes pensionales; cuenta con 1280 semanas cotizadas a través de la AFP; realizados los cálculos aritméticos de rigor la pensión sería más alta en Colpensiones; solicitó a las demandadas la ineficacia de la afiliación al RAIS, las cuales lo negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Protección S.A. oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 92 a 102 vto. del archivo 03. del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa AFP, las semanas cotizadas, la solicitud elevada por la actora y la contestación negativa, sobre los restantes dijo no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación para devolver el seguro previsional 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

A su vez, Colpensiones en forma legal y oportuna contestó (fls. 129 a 145 del archivo 03. del expediente digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional,

inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público 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 digitalizado), en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional con destino a la AFP Protección S.A. Condenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos, y comisiones de administración sin descuento alguno por los seguros de invalidez, sobrevivencia o garantía mínima. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y reactivar la afiliación; Declaró no probadas las excepciones formuladas; informó a Colpensiones de las actuaciones respectivas para obtener el apago de perjuicios y condenó en costas a Protección S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo las demandadas interponen recurso de apelación: Colpensiones por quebrantarse el principio de sostenibilidad financiera al declarar la nulidad o ineficacia, ocasionando un desequilibrio en la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo, pues el ahorro de la demandante no ayudó financiar las demás pensiones del régimen, dicho ahorro no sería suficiente para financiar su propia pensión.

Protección S.A. ataca el ordinal segundo de la sentencia debido a que el descuento de los gastos de administración se encuentran establecidos en la ley, destinados a financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo que durante la afiliación la administradora cumplió con el deber que le asiste. Aunado a ello si se tiene en cuenta que al declarar la ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, es claro que los rendimientos no se habían causado en el RPMPD, por lo que no está obligada a devolverlos.

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

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada a través de la AFP Protección S.A., aspecto no mereció reparo alguno por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, mostrándose conforme al respecto; por lo que 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, así como lo relativo a la devolución de los gastos de administración censurados por Porvenir S.A.

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

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.

siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de la AFP accionada en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

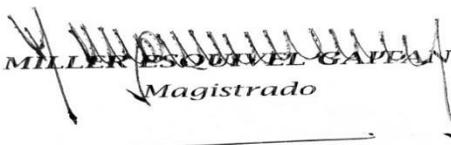
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cada una de las recurrentes.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GADEA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BELKIS XIOMARA VANEGAS SPROCKEL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

A U T O

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, y a la abogada Johana Alexandra Duarte Herrera identificada con C.C. No. 53.077.146 y . P. No. 184.941 del C.S. de la J. como apoderada de la AFP Porvenir S.A. en la forma y para los efectos de los poderes aportados, respectivamente.

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 AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

Belkis Xiomara Vanegas Sprockel, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A. desde el 1° de octubre de 2001, ante la falta en el deber de información y que Colpensiones debe admitirla y reactivar su afiliación en el RPMPD. En consecuencia se condene a Provenir S.A. a realizar el traslado de todos recursos depositados en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración con destino a Colpensiones o subsidiariamente al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, calculado con la diferencia de la mesada pensional que hubiere otorgado en el RPMPD y la pagada en el RAIS desde el día de su reconocimiento y hasta el cumplimiento de la edad de expectativa de vida conforme a la tabla expedida por la Superintendencia Financiera; y a Colpensiones a admitir su retorno al RPMPD. De igual manera pide que se condene a las demandadas por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 8 a 10 del expediente, en los que en síntesis indica que: tiene 53 años de edad; se afilió y realizó cotizaciones al RPMPD con el ISS desde el 3 de julio de 1991, fue abordada por un promotor comercial de la AFP Porvenir S.A. en septiembre de 2001, ofreciéndole que al afiliarse a ese fondo podía pensionarse con una mesada más favorable y en menor tiempo que donde estaba afiliada; pero no cumplió con el deber de proporcionarle una información completa y comprensible a la medida de la asimetría de la misma, así como explicarle cual era el régimen pensional que más le favorecía, a lo cual se guardó total silencio, pues tan solo se le dio una información general en las condiciones indicadas y en el formulario de afiliación; que el traslado se consolidó a partir del 1° de octubre de 2001; que durante el tiempo que ha estado afiliada a esa AFP no

le han brindado ninguna información, ni asesoramiento en materia pensional, mucho menos la imposibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse; que acumula 1.219 semanas cotizadas durante su vida laboral; según comunicación de 30 de octubre de 2018, la AFP Porvenir S.A., indica que al hacer la simulación de su mesada pensional en ese régimen podía ser de \$1.194.400; mientras que teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de los últimos diez años, que es superior a los cuatro (4) smlmv, es evidente que en el RPMPD es muy superior, observándose de esta manera un detrimento considerable en sus ingresos; y que el 11 de abril de 2019 presentó reclamación ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado de régimen y su retorno esa entidad, la que fue respondida el 22 de mismo mes y año en forma negativa sin obtener respuesta por parte de esa entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 60 a 64 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta los relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación y cotizaciones realizadas al RPMPD y la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no le constan por ser ajenos a esa entidad. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir y la innominada o genérica.

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.**, en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 95 a 117, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos acepta los relacionados con la edad de la demandante, su traslado a ese fondo con efectividad desde el 1° de octubre de 2001 y el número de semanas cotizadas, frente a los demás señaló que no son ciertos en la forma presentada y 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, (cd y acta fls 151 a 153), en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por Belkis Xiomara Vanegas Sprockel al RAIS a partir del 1° de octubre de 2001; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad d ellos aportes, junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; a Colpensiones, a que acepte el traslado reciba los dineros y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, declaró no probadas excepciones y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que al momento de realizarse el traslado no existía la obligación de brindarle información, diferente a la contenida en el formulario de afiliación y estas se hacían de carácter verbal y fue tan solo posteriormente que surgieron nuevas obligaciones para los fondos, como las de realizar comparativos, proyecciones pensionales, dar un buen consejo, la doble asesoría, por lo que no es dable que se exijan pruebas adicionales que soporten la asesoría en ese momento, además que la inconformidad de la actora se presenta cuando la actora esta incurso en la prohibición de trasladarse al RPMPD prevista en la ley 797 de 2003, aunado que la actora decidió trasladarse de manera libre y voluntaria , sometiéndose a las nuevas características del nuevo régimen, pudiéndose beneficiar o verse afectada por éste, por lo que no es lógico que le alegue la falta en el deber de información, por lo que sede dar valor al formulario de afiliación en el que se demuestra que se cumplió con lo requerido al momento de realizar la vinculación de la actora no habiendo lugar a la inversión de la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información, cuando solo se cuenta con el formulario de marras; y que de mantenerse la decisión de nulidad de traslado, no se debe imponer la obligación de trasladar los valores correspondientes a los gastos de administración debido a que están establecidos

legalmente en la Ley 100 de 1993, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia reiterando las manifestaciones que sustentan la alzada en el sentido de que se cumplió con el deber de información conforme a las normas vigente al momento de su realización y que al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de los aportes únicamente, ya que los rendimiento financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe ordenar la restitución de estos y los gastos de administración.

De igual manera lo hizo Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

La parte demandante en sus alegaciones, se limita a pedir que se confirme la decisión de primera instancia por encontrarse ajustada a derecho, y corresponde con la interpretación probatoria adecuada y completa.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por AFP Porvenir S.A. y en las alegaciones de Colpensiones, referente a la restricción del derecho al traslado del 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 58 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 26 de febrero de 1963, lo cual fue aceptado por las demandadas y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía aportada en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (fl. 65); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Porvenir S.A. el 22 de agosto de 2001 con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 121), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Porvenir S.A.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en

tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no cumplió con el deber de proporcionarle una información completa y comprensible a la media de la asimetría de la misma, así como explicarle cual era el régimen pensional que más le favorecía, a lo cual se guardó total silencio, pues tan solo se le dio una información general en las condiciones indicadas y en el formulario de afiliación”, 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 ser negativas, sino por ser 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 afiliada, sin distinguos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 22 de agosto de 2001 con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 121). 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

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que cuando estaba laborando en la Universidad de la Guajira , luego a su puesto de trabajo una asesora comercial de la AFP Porvenir y luego de averiguarle en que entidad se encontraba afiliada para pensión, le indicó que el ISS se iba a acabar, dada la condición financiera por la que atravesaba y entonces perdía lo allí cotizado y la posibilidad de pensionarse, por lo que era mejor que se trasladara a ese fondo insistiéndole en ello, reunión duró aproximadamente 10 minutos y debido a que en la mañana le manifestó que estaba ocupada, ella volvió en la tarde reiterándole que su mejor decisión era la de trasladarse, entonces con fundamento en ello fue tomo la decisión de suscribir el formulario de afiliación, por el riesgo de perderlo todo conforme se lo indicó la asesora de Porvenir; pero no se le indicó cuales eran los requisitos para pensionarse en cada régimen, ni que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni que pasaba con los aportes realizados al ISS en el RPMPD, solo le indicó que podía pensionarse a más temprana edad y mejor que lo que podía recibir el ISS; que la motiva a retornar Colpensiones dado que se siente engañada porque no le dieron la información necesaria para trasladarse al RAIS, de lo cual se dio cuenta en 2018 que estada cerca de cumplir los requisitos para obtener su pensión y ante la solicitud de simulación de pensión se dio cuenta que su mesada pensional en el fondo es muy inferior a la que podía recibir de mantenerse en el RPMPD. Agrega que nunca le indicaron la forma en que podía pensionarse en el fondo, los requisitos allí establecidos, tampoco sobre un capital mínimo ni que pasaba si no alcanzaba a acumularlo, no le informaron sobre la garantía de pensión mínima, ni sobre las variables para liquidar la pensión en el RAIS, no se le informo sobre la posibilidad de retracto o la imposibilidad de retornar al ISS cuando le faltaren 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 Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye

omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados 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, esto es, sin brindarse información alguna sobre el régimen, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión y demás aspectos básicos que debía conocer.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 118 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 de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 118 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “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, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la

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

devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

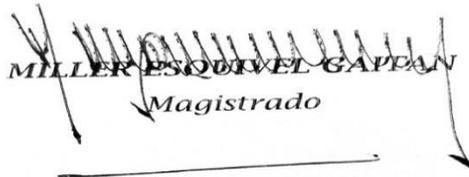
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP recurrente, Porvenir S.A. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado