

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 SORAYA ESTEFAN BALANTINE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Soraya Estefan Balentine, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare

la nulidad o subsidiariamente la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A., ante el incumplimiento en el deber de información, así como el posterior traslados entre fondos a Old Mutual pensiones y Cesantías S.A. y que esta válidamente afiliado sin solución de continuidad al RPMPD con el ISS hoy Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los intereses y rendimientos a que haya lugar; a Colpensiones a activar la afiliación en el RPMPD, recibir los dineros trasladados, al reconocimiento y pago de su pensión de vejez conforme al art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo de mesadas pensionales a partir del 6 de septiembre de 2017 y las mesadas adicionales, indexación e intereses moratorios. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 6 (C.D. fl. 2 archivo 01 del expediente digitalizado), en los que en síntesis se indica que: nació el 6 de septiembre de 1960; inició a cotizar el RPMPD con el ISS como trabajador dependiente de Seguros Bolívar S.A. desde el 1° de septiembre de 1985 al 31 de agosto de 1995, contabilizando 494 semanas; el 5 de octubre de 1995 se afilió a la AFP Colmena hoy Protección S.A., sin embargo al momento de la afiliación no se le informó sobre las implicaciones, las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen pensional, sobre la naturaleza del RAIS, no se le ilustró sobre los diferentes escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, no se le mencionó sobre el capital necesario para obtener su derecho pensional y lo único que se le indicó fue que lo más conveniente para ella era trasladarse al RAIS que permanecer en el RPMPD; que el 11 de octubre de 2000 realizó traslado horizontal a la AFP Skandia S.A. y a partir del 1° de abril de 2002 retornó nuevamente a la AFP Protección, realizando aportes hasta el 30 de junio de 2013 fecha de última cotización al sistema pensional; que durante su permanencia en el RAQIS, nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, ni mucho menos sobre el impacto que tendría su mesada pensional y la redención del bono si deseaba pensionarse a los 57 años de edad; que el 2016 solicitó a Protección información sobre lo que podía ser su mesada pensional y allí de infirmaron que la que más le resultaba favorable sería la del RPMPD y

que el 10, 11 y 12 de julio de 2017 solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS y su retorno al RPMPD, las cuales fueron respondidas negativamente y que el 9 y 15 de noviembre de 2018, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez y en respuesta de la misma fecha le negó la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Skandia S.A. a través de escrito incorporado a folios 197 a 208 (C.D. fl. 2 archivo 03 del expediente digitalizado); se opuso a la totalidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó el natalicio de la actora, la solicitud elevada por parte de la actora y la respuesta negativa ante dicha petición. Como medio de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, innominadas o genéricas.

A su turno Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 169 a 138 (C.D. fl. 2 archivo 03 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas en el ISS, el traslado efectuado a las AFP, la reclamación administrativa y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica.

Protección S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 118 a 187 (C.D. fl. 2 archivo 03 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa, la afiliación a la AFP protección S.A. la petición elevada y la respuesta negativa por parte de ésta. Propuso 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, 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 (grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado C.D. fl. 2), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Soraya Estefan Balentine del RPMPD al RAIS que se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 1995 con la AFP Colmena hoy Protección S.A.; condenó a la citada AFP a trasladar a Colpensiones, los valores de la cuenta ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar alguna suma por gastos de administración o cualquier otro concepto. Condenó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores que haya descontado por gastos de administración, comisiones o cualquier otro concepto; a Colpensiones, a reconocer y pagar en favor de la demandante su pensión de vejez a partir del 6 de septiembre de 2017, en cuantía inicial de \$6.634.455,42, con una mesada adicional por año, los incrementos legales anuales, precisando que el retroactivo pensional deberá ser cancelado debidamente indexado; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó a las AFP demandadas en costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandada presentaron recurso de apelación. Protección S.A. centra su inconformidad únicamente frente a la condena por la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, indicando que ellos están autorizados en la Ley 100 de 1993 para cualquiera de los regímenes pensionales y dichos gastos se causaron como consecuencia de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, la que por la buena gestión generó rendimientos al capital de la actora, por el obrar diligente de la AFP en la administración. Agregó que en el régimen de prima media no se generan este tipo de rendimientos, y que en caso

de confirmarse la devolución de estos se pondría en riesgo el patrimonio de los afiliados.

A su vez Colpensiones, muestra su inconformidad sobre la orden de reconocimiento del derecho pensional, pidiendo que se revoque los decidió en primera instancia insistiendo que no hay lugar a dicho reconocimiento hasta que reciba los aportes provenientes del RAIS puesto que imponer una condena al respecto en este momento puede generar imprecisiones, en razón a que se debe consolidar la historia laboral de la actora con los aportes que se trasladen a consecuencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS con lo cual se puede verificar si se reúne la totalidad de los requisitos exigidos en el RPMPD para otorgar el derecho pensional. Así mismo indica que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; aunado de igual manera es deber del afiliado buscar la información que requiere sobre el RAIS; que la demandante ha permanecido más de 24 años en ese régimen, ratificando su voluntad de estar en ese 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, debiendo las AFP asumir los perjuicios causados.

Por su parte la AFP Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., señala que de igual manera reprocha la condena por los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, por éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandante presentó alegaciones en esta instancia, en las que pide confirmar la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que ésta se sustentó en los parámetros jurisprudenciales establecidos por la sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de información que tienen las AFP al momento del traslado y en el caso particular, no se demostró haber suministrado una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna, para tomar la decisión de traslado de régimen.

De igual manera presentaron alegaciones las demandadas AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones reiterando las manifestaciones hechas en sus recursos e insistiendo que se revoque la decisión de primera instancia y les absuelva en las condenas que les fueron impuestas

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 61 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (anexa a filio 27 del expediente digitalizado) dado que su nacimiento fue el 6 de septiembre de 1960; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 5 de octubre de 1995 con efectividad desde el 1° de noviembre de la misma anualidad (fl 234 del expediente digitalizado cd. fl 2

archivo 003) y consecuentemente de los traslados horizontales entre fondos, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo lo esbozado en el recurso en este punto.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del demandante al RAIS efectuada a la AFP Colmena hoy Protección S.A. efectuada el 5 de octubre de 1995, con efectividad desde el 1° de noviembre de la misma anualidad (fl 234 del expediente digitalizado cd. fl 2 archivo 003), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. Aunado que las administradoras de fondos de pensiones demandadas presentaron reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no

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.

haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, luego, 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 lo argüido por las AFP Protección S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora, como si nunca se hubiera trasladado.

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

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, insiste la parte demandada en que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez ordenada por el a quo hasta tanto se realice el traslado de los aportes realizados al RAIS, como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen dispuesta con lo cual se puede verificar si la promotora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 semanas de cotización. Al respecto, la Sala advierte que, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 6 de septiembre de 2017, conforme se establece con la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 27); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Protección S.A. así como la devolución de los gastos de administración ordenados por el fallador de instancia. En tal sentido, le asiste razón a Colpensiones en su recursos, en razón a que, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional, por lo que se revocará el ordinal cuarto de la sentencia apelada , para en su

lugar absolver a Colpensiones de la condena al reconocimiento de la pensión de vejez y demás aspectos concernientes a ésta.

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

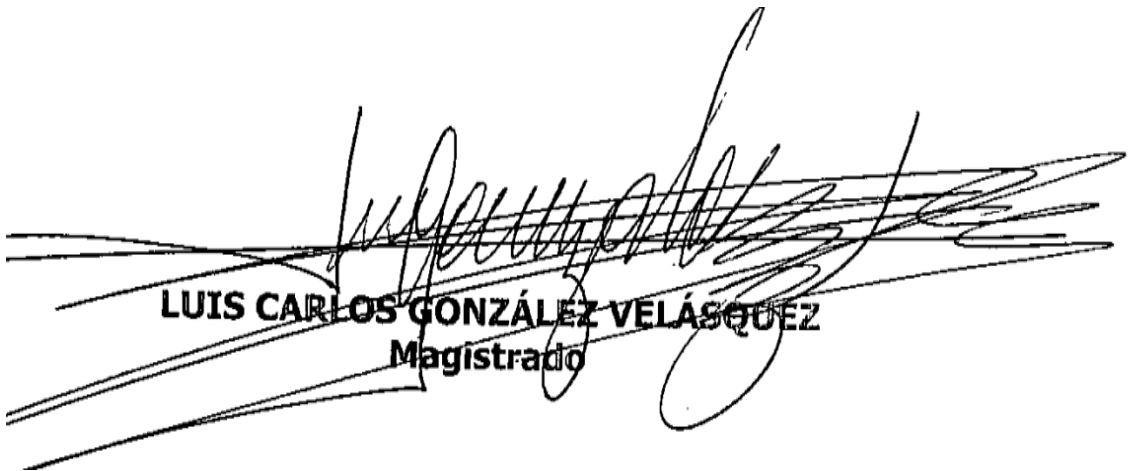
Primero.- *Revocar el ordinal cuarto de la sentencia apelada para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, del reconocimiento de la pensión de vejez, ordenada por el a quo, y en su lugar disponer que una vez se realice el traslado por parte de la AFP de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional. Conforme a lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.*

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

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Protección S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. ante la improsperidad de sus recursos. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho, en favor de la demandante.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GATTAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONEL PARIAS RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconócese personería a la abogada Yesbi Yadira López Ramos identificada con C.C. No. 11.022.947.861 y la T.P. No. 285.844 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

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

Notifíquese

Seguidamente, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Leonel Parias Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS administrado por las citadas AFP, o en su defecto que es inexistente y siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad, ante el incumplimiento en el deber de información. En consecuencia se ordene a los fondos privados trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por aportes voluntarios y rendimiento generados, durante el tiempo que estuvo bajo su administración; a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral; igualmente pide que se condene a las AFP demandadas al pago de perjuicios morales causados y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 9 C.D. fl. 2 archivo 01 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de febrero de 1954; estuvo afiliado en el RPMPD como trabajador dependiente y es beneficiario del régimen de transición pues al 1 de abril de 1994 contaba con 40 años; que se trasladó al RAIS el 28 de noviembre de 1997 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y posteriormente de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A. el 28 de agosto de 2001. Señala que cuando se realizó el traslado de régimen pensional lo hizo porque le ofrecieron mejores beneficios que en el RPMPD, sin embargo no se le brindó información completa, necesaria, verás, transparente y oportuna sobre las consecuencias de cambiar de régimen, ya que los asesores no contaban con capacitación adecuada que los acreditara para brindar la información requerida; no le explicaron sobre las características de cada régimen, tampoco se le brindó un comparativo entre ellos, no le indicaron las formas como podía obtener su pensión, ni cuál era el capital

requerido, no se le indicó derecho que tenía a retractarse de conformidad con el Decreto 1161 de 1994; solo le indicaron que La condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería, le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, no había problema, pues en ningún caso la situación de la actora sería desventajosa y solo tenía que firmar el formulario de afiliación. Agrega que la AFP Porvenir S.A. le realizó una proyección de mesada pensional, precisando que en el RAIS, la mesada pensional a los 65 años sería de \$877.803, mientras que en el RPMPD sería de \$2.309.400,00 por lo que existe una diferencia en detrimento suyo; que solicitó la nulidad de traslado a Colpensiones, y a los fondos privados, recibiendo respuesta negativa por parte de cada una de las demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 1 a 42 (C.D. fl. 2 carpeta 1 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó: el la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

La AFP Protección S.A. el legal forma y dentro de término a través de escrito incorporado a folios 4 a 26 (C.D. fl. 2 archivo 06, del expediente digitalizado); en el que se opuso a las pretensiones formuladas aceptó el natalicio de la actora, la solicitud elevada para que se declarara la nulidad del traslado y la respuesta negativa emitida a la petición. Propuso las excepciones de fondo 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara

la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

La AFP Porvenir S.A., oportunamente y en legal forma, a través de escrito incorporado a folios 1 a 70, C.D. fl. 2 archivo 11 del expediente digitalizado); describió el traslado oponiéndose a las pretensiones; frente a los hechos manifestó no ser ciertos y no contarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción 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 (grabación de audiencia incorporada en el expediente administrativo, cd fl 2, archivo 32), en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por Leonel Parías Rodríguez al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Protección S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones - todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció como afiliado en cada una de ellas; a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y recibir todos los aportes. Así mismo condenó en costas a la demandada AFP Protección S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las partes presentaron recurso de apelación. La parte demandante centra su inconformidad únicamente frente a la falta de condena en costas a Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., indicando que resultan procedentes al haber presentado oposición a la demanda y haber sido vencidas dentro del proceso como lo estipula el artículo 365 del CGP.

Colpensiones disiente de la decisión de primer grado. Sostiene que la afiliación al RAIS ocasionó obligaciones para las partes, así que el demandante debió actuar de manera informada y como guardó silencio se está frente a una afiliación tacita, por lo que el desconocimiento de la ley no es excusa. Recibir la afiliación del demandante descapitaliza el régimen público, sin que ayudara a financiar las prestaciones del RPMPD. De las pruebas obrantes se extrae que el señor José Gabriel está válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera libre y voluntaria la afiliación A Porvenir S.A. el deber de información se instauró hasta el año 2014, por lo que no existía para la fecha del traslado.

A su vez Protección S.A. se opone a la devolución de las comisiones, en razón a que se efectuó por la gestión de la administración de los aportes del actor, así que si se ordena su devolución lo lógico es que el fondo de pensiones no regrese los rendimientos, pues es esa la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado anterior. En lo que concierne a las primas de seguro previsional, estos dineros se giraron a la aseguradora para cubrir los siniestros, lo que conlleva a la imposibilidad de devolver esos rubros.

Por su parte Porvenir S.A. la recurre por considerar que no existe una falta en el deber de información ni vicio del consentimiento que invalide la afiliación. Sobre el particular precisa que existe una indebida valoración probatoria, al restarle validez al formulario de afiliación, lo que atenta contra la seguridad jurídica, en tanto ese era el único requisito exigido por la ley para corroborar la voluntad de afiliación, así que los demás reglas aparecieron con posterioridad, de modo que no se exigía un curso in extenso sobre los modelos pensionales ni la expedición de proyecciones pensionales. También se desconoció que dentro del interrogatorio el demandante confesó que conocía de algunas características del RAIS. A más que los actos de relacionamiento como actualizar la dirección de notificaciones y las cotizaciones, lo que ratifica su voluntad de permanecer en el régimen privado, sin que luego de que Colpensiones asumiera las obligaciones del ISS retornara a la administradora pública. Por último, esgrime que el descuento del 3% de los gastos de administración se encuentran amparados en la ley, y que en todo caso al declarar la ineficacia, es claro que no habría lugar a devolver rendimientos, y si se devuelven estos, el fondo de pensiones deben conservar los gastos de administración, ya que no es un concepto que se traslade de acuerdo a lo

dispuesto por la superintendencia financiera, máxime cuando están afectados de prescripción, debido a que no financian la pensión de vejez.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión.

CONSIDERACIONES

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

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

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 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 se le brindó información completa, necesaria, verás, transparente y oportuna sobre las consecuencias de cambiar de régimen, (...) no le explicaron sobre las características de cada régimen, tampoco se le brindó un comparativo entre ellos, no le indicaron las formas como podía obtener su pensión”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Protección S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 28 de noviembre de 1997 de la misma anualidad fl.3 (C.D. fl. 2 archivo 01 del expediente digitalizado). 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.*

*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 Protección S.A.**, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión*

consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en noviembre de 1997. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado. Actos de relacionamiento

*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 en el folio 46 (C.D. fl. 2 archivo 6 del expediente digitalizado) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Protección 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 como se observa en los anexos incorporados en el folio 46 (C.D. fl. 2 archivo 6) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar

suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

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

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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

pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural 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,

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

que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

COSTAS

Las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”.

En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar tanto la AFP Protección S.A., como las demás demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, son quienes deben asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que no queda otra camino que revocar parcialmente el ordinal sexto de la sentencia apelada, para en su lugar también imponer costas de la primera instancia a las convocadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en favor de la parte demandante.

Con fundamento en lo anterior de igual manera se impondrá costas en esta instancia a las recurrentes AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones ante la improsperidad de sus recursos.

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 el ordinal sexto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar imponer costas de la primera instancia a las convocadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en favor de la parte demandante.*

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

Tercero.- Costas de la instancia a cargo de la AFP Protección S.A., Provenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de éstas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAYTAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ OCTAVIANO GÓMEZ PACASUCA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A U T O

Se reconoce a la Dra. Tiffany del Pilar Castaño Torres identificada con C.C. No. 1.022.413.599 y la T.P. No. 322.047 del C. S. de la J. como apoderada sustituta de BBVA Seguros Colombia S.A.

Notifíquese.

ANTECEDENTES

DEMANDA

*José Octaviano Gómez Pacasuca, a través de apoderado judicial, demandó a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que se le reconozca y pague la pensión de invalidez de conformidad con los principios de progresividad y favorabilidad, intereses moratorios y las costas del proceso. **Subsidiariamente** petitionó la indexación de las condenas.*

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 3 rev. del expediente digitalizado, en los que en síntesis indicó que: nació el 31 de mayo de 1973, por lo que a la presentación de la demanda tenía 42 años contrajo VIH/sida, por lo que el 17 de junio de 2011 la JNCI determinó una pérdida de capacidad laboral del 73.35% estructurada el 12 de abril de 2004; solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez al tenor del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin embargo la AFP negó la prestación al considerar que sólo se había acreditado un día de cotización, situación contraria a la realidad, en tanto, previo a la fecha de estructuración cuenta con 63,43 semanas cotizadas y con posterioridad a aquella tiene 72 semanas cotizadas; ante la negativa presentó acción de tutela en la que pidió la aplicación del precedente constitucional para enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, pero por esa vía también se obvió el reconocimiento deprecado, al estimar que no acredita la densidad de semanas requeridas para acceder al derecho prestacional; en la actualidad continúa cotizando; vive de la caridad, dado que por “su condición nadie lo contrató”; no puede continuar laborando a causa de las circunstancias de invalidez “VIH E INVIDENTE”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la AFP Porvenir S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 153 a 155), frente a los hechos, aceptó el natalicio del actor, la calificación de PCL, aspecto sobre el que precisó que la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. realizó la calificación determinando una invalidez del 74.35% estructurada el 12 de abril de 2004, y dicho dictamen quedó en firme, así con ocasión a aquel fue solicitada la pensión de invalidez

el 11 de marzo de 2014, cuya negativa obedeció al incumplimiento de los requisitos contenidos en la ley 806 de 2003. Propuso como medios de defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión de invalidez pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley 860 de 2003, ausencia de derecho sustantivo, cobro de lo no debido y compensación. Por último, **llamó en garantía a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.**, que propuso respecto de i) la demanda las excepciones perentorias de “la” demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez por origen común, inexistencia de la obligación a cargo de la AFP demandada por no haberse acreditado los requisitos para acceder al beneficio pensional deprecado, enriquecimiento sin causa, prescripción y la innominada o genérica; y en lo que se refiere al llamamiento las de ii) inexistencia de la obligación principal de otorgar el derecho pensional y por tal de la eventual obligación accesoria de asumir la suma adicional para financiar el mencionado derecho prestacional, ausencia de cobertura del riesgo judicial, falta de cobertura frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y límites legales y contractuales del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 341) en la que absolvió al declarar probada la excepción de inexistencia del derecho y se abstuvo de imponer costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante la recurre en apelación insistiendo que el precedente de la H. Corte Constitucional ha señalado la manera en la que deben contabilizarse las semanas en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas para la causación de la pensión de invalidez, criterio que acogió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así que quienes padecen afecciones progresivas tienen la

posibilidad de que la contingencia sea cubierta por el sistema de seguridad social una vez su fuerza de trabajo merme al punto que no pueda proveer su sostenimiento en condiciones de vida digna, situación que se presentó en este asunto, en el que prestó servicios con la capacidad laboral residual, de modo que deben tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas hasta cuando el trabajador tuvo la posibilidad de efectuarlas, por ello, que el juez se apartara del precedente constituye el delito de prevaricato. Aunado a ello, no era parte de las atribuciones del juez oficiar a la AFP para ver si se ejercieron acciones de cobro respecto de los aportes en mora, ya que eso, debió indicarse en la contestación de la demanda, en ese orden, debía acreditar efectivamente la AFP al tenor del 167 del CGP que los empleadores que aparecen en la historia laboral, no lo eran, así que como el fondo de pensiones no realizó las gestiones de cobro, lo procedente era el reconocimiento de la prestación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora solicita se revoque la sentencia y transcribe nuevamente los fundamentos de derecho invocados en el escrito de demanda.

A su vez, Porvenir S.A. y BBVA Seguros Colombia S.A., piden se confirme la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

Se ha dicho que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de invalidez es aquella que se encuentra vigente a la fecha de su estructuración, lo que implica que, en el presente caso, para el estudio de la prestación, es bajo la regulación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual establece:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
[...].”

Se encuentra acreditado en el proceso que el señor José Octaviano Gómez Pacasuca fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 74,35%, de origen común y fecha de estructuración 12 de abril de 2004, según se establece en el dictamen proferido por BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. (fls. 187 a 190). Tampoco existe discusión que el dictamen no fue recurrido; así mismo que el demandante desde el 10 de agosto de 1994 se encuentra afiliado en pensiones al RAIS con la AFP Porvenir S.A., acumulando durante su vida laboral 72,03, de las cuales, 63,43 se cotizaron entre el 29 de agosto de 1991 y el 15 de diciembre de 1992, cuando permanecía afiliado al otrora ISS.

Adicionalmente, está probado que el 11 de marzo de 2014 el actor reclamó ante Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez (fls. 181 y 182), la cual fue negada a través de comunicación del 21 de agosto de 2014 (fl. 191), con fundamento en que no se encuentra acreditado en número mínimo de cotizaciones necesarias durante los tres años anteriores a la estructuración de su estado de invalidez.

De las normas transcritas, para que una persona se convierta en acreedora del derecho a la pensión de invalidez, deberá acreditar (i) que fue calificada por la autoridad médico laboral correspondiente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, concepto que deberá ser emitido con fundamento en la historia clínica del interesado y el cual avala que se trata de una persona que se encuentra en estado de invalidez y (ii) haber cotizado, por lo menos, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, entendiendo que con posterioridad a ese momento, a la persona le fue imposible seguir cotizando al sistema.

Sin embargo, como la ha precisado el máximo Tribunal Constitucional de manera reiterada entre otras en sentencia SU 588 de 2016 ha evidenciado algunos casos particulares, en los cuales, los interesados no pueden acreditar

los requisitos antes mencionados y, por lo tanto, se trata de situaciones que no encajan estrictamente en un análisis subjetivo. Se trata de aquellas personas que fueron calificadas con un porcentaje de disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, pero con fechas de estructuración de la invalidez que coinciden con el día de su nacimiento o con otra cercana a ese momento, con fundamento en que padecen enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas¹.

Debido a lo anterior, ese alto Tribunal Constitucional ha establecido unas reglas pacíficas y reiteradas que deben ser tenidas en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones, en este caso, al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa², a saber:

“31.1. Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a éste, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas³, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo

¹ Ver sentencias T-163 de 2011, T-427 de 2012, T-789 de 2014, T-408 de 2015, T-512 de 2015, T-717 de 2015, T-153 de 2016, entre otras.

² Reglas reseñadas en la sentencia T-308 de 2016.

³ En la sentencia T-111 de 2016 se aclaró que “la determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico”.

ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

31.2. Debido a lo anterior, en estos casos, el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por eso que esta Corte ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

Respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida⁴. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo⁵, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital.

31.3. Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.”

En conclusión, ha sostenido la Corte Constitucional que en los casos de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, la fecha de estructuración de invalidez corresponde a la fecha de pérdida material de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, esto es, la fecha en que

⁴ Ver Sentencias T-013 de 2015, T-111 de 2016 y T-318 de 2016.

⁵ Al respecto, la sentencia T-003 de 2013 manifestó lo siguiente: “No se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, cuando las entidades administradoras de pensiones niegan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, luego de demostrar que no se cotizaron 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Adicionalmente, cuando lo que se pretende es que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas luego de la fecha de estructuración, el demandante debe demostrar que éstas se hicieron como consecuencia de la capacidad laboral residual que tenía para seguir laborando”. Esta posición fue reiterada en las sentencias T-886 de 2013 y T-943 de 2014.

se agota por completo la capacidad laboral residual que le permitió a la persona en condición de discapacidad seguir trabajando y cotizando al sistema; para así poder tener en cuenta las semanas que se cotizan con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, circunstancia que no se da en el caso que nos ocupa.

En la historia laboral consolidada aportada por el demandante (fl.25), se observa que se registran únicamente los siguientes períodos como efectivamente cotizados: i) junio de 2003 con el empleador Temporales Belran Ltda. y, ii) diciembre de 2012 y enero de 2013 con el IPES, por lo que es claro, que para el 12 de abril de 2004, fecha en la que se estructuró la invalidez no se acreditaron las 50 semanas cotizadas requeridas por la ley, y en caso de que se acudiera a la capacidad residual, tampoco se reúnen los presupuestos en los 3 años anteriores al 31 de enero de 2013.

Ahora, se duele el demandante que el juez como director del proceso y con ocasión a sus facultades oficiosas, al evidenciar el contraste entre la historia laboral en la que apenas se reportan 61 días cotizados (fl. 25) y la relación histórica de movimientos (fls. 20 a 24), en la que se registran más períodos cotizados, requiriera a la AFP respecto a esas inconsistencias, la cual, mediante escrito visible a folios 290 a 292, el fondo de pensiones expresó:

“De acuerdo al movimiento de cuenta Horizonte correspondiente al demandante se evidencia la presunta existencia en calidad de empleador de la señora Patricia Isabel Batista Rojas, sin número de identificación registrada en el proceso o en el archivo de la entidad. Sin embargo, al efectuar una revisión acuciosa en el sistema, la señora Batista Rojas no se encuentra creada en calidad de empleadora (...) En consecuencia, no se vislumbra dentro del sistema, relación u obligación de pago, por cuanto no registra un formato de afiliación o novedad de ingreso por parte de la misma.

En ese sentido, escapa de la esfera de competencia o gestión de Porvenir S.A. emprender gestiones de cobro frente a un empleador que conforme la información registrada la administradora, nunca ha tenido vínculo laboral con el demandante.

(...)

En consecuencia de lo expuesto, el señor Gómez Pcasuca no registra un vínculo laboral con la señora Patricia Isabel Bautista Rojas o por lo menos no fue reportado tal dato a la AFP correspondiente. Razón por la cual es dable inferir que la información que se observa dentro del movimiento de cuenta horizonte corresponde a un error involuntario momento de migrar la información de la AFP Horizonte”

De manera, que no fue un actuar caprichoso del juez al oficiar a la AFP sobre aquellas situaciones que le causaban duda y se encontraban dentro de la historia laboral, por el contrario, su deber era el de develar la verdad en el asunto en controversia, por ello mal haría el demandante en beneficiarse de manera consciente de un error de la administradora o que el fallador se apartara de lo acreditado con el material probatorio.

Aunado a lo anterior, se le recuerda al abogado que el CPT y SS en su artículo 50 contempla las facultades ultra y extra petita, que habilitan al fallador de primer grado, a pronunciarse por fuera de lo pedido en la demanda, sin embargo, este no fue el caso, puesto que aquel, simplemente se limitó a señalar que debido a que en el asunto no fue parte la empleadora Patricia Isabel Batista Rojas y no existía medio de convicción que le llevara a la existencia de algún nexo con aquella, no tendría en cuenta en la contabilización de las cotizaciones las que se imputaban a aquella, razonamiento que no resulta desacertado, al tenor del artículo 167 del CGP..

Ahora, hace referencia a que deben contarse para la prestación las semanas en las que la AFP no ejerció acciones de cobro, empero, ni en los hechos de la demanda, ni en los fundamentos de derecho de aquella se hizo inferencia alguna a la mora de aportes, ni siquiera el togado al dictar sentencia de primer grado se refirió expresamente sobre ese asunto, por lo que incluirla dentro de la controversia en esta instancia, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP) pues proceder en contra de dicho principio implica la vulneración del derecho de defensa del demandado, sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS). Colorario de lo anterior, se confirmará la decisión recurrida, por las razones aquí expuestas.

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

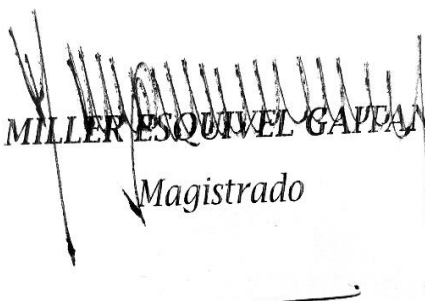
la República y por autoridad de la ley,

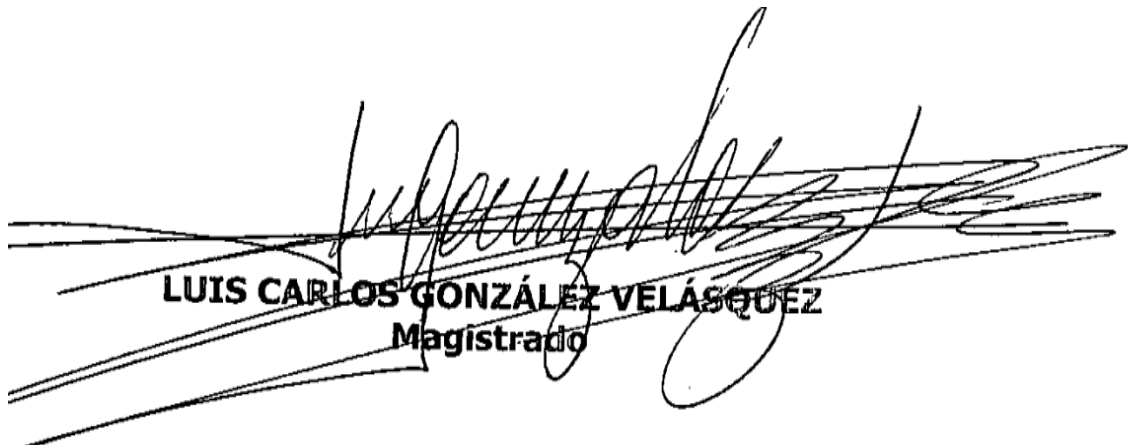
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la recurrente. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de \$200.000,00 por concepto de agencia en derecho en favor de las demandadas

Notifíquese a las partes en legal forma.


MILLER ESQUIVEL CAPLAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLADYS STELLA PARRA BARBOSA COTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Reconócese personería al Abogado Jheisson Santiago Garzón Piamonte quien se identifica con la C.C. No 1018435921 y la T. P. No. 277.810 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

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 demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colfondos que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Gladys Stella Parra Barbosa, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. o subsidiariamente que es inexistente, y siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad, ante el incumplimiento en el deber de información, En consecuencia se ordene a los fondos privados trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por aportes voluntarios y rendimiento generados, durante el tiempo que estuvo bajo su administración; a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral; igualmente pide que se condene a las AFP demandadas al pago de perjuicios morales causados y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 14 a 17 (C.D. fl. 2 archivo 02 del expediente digitalizado), en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de febrero de 1960; estuvo afiliada en el RPM desde el 16 de diciembre de 1981 al 19 de septiembre de 1989, seguidamente realizó aportes a Cajanal como servidora pública hasta el 9 de agosto de 1994; se trasladó al RAIS el 30 de enero de 1995 a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente de manera horizontal a Porvenir S.A. el 24 de septiembre de 2001. Señala que cuando se realizó el traslado de régimen pensional lo hizo porque le ofrecieron mejores beneficios que en el RPMPD, sin embargo no se le brindó información completa, necesaria, verás, transparente y oportuna sobre las consecuencias de cambiar de régimen, ya que los asesores no contaban con capacitación adecuada que los acreditara para brindar la información requerida; no le explicaron sobre las características de cada régimen, tampoco se le brindó un comparativo entre ellos, no le indicaron las formas como podía obtener su pensión, ni cuál era el capital requerido, no se le indicó derecho que tenía a retractarse de conformidad con el Decreto 1161 de 1994; solo le indicaron que La condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería, le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, no había problema, pues en ningún caso la situación de la actora sería desventajosa y solo tenía que firmar el formulario de afiliación. Agrega que la AFP Porvenir S.A. le realizó una proyección de mesada pensional, precisando que en el RAIS, la mesada pensional

a los 62 años sería de \$877.803, mientras que en el RPMPD sería de \$2'162.742. por lo que existe una diferencia aproximada \$1.284.939 en detrimento suyo; que solicitó la nulidad de traslado a Colpensiones, y a los fondos privados, recibiendo respuesta negativa por parte de Colfondos y a la fecha de la presentación de la demanda no ha recibido respuesta por parte de Colpensiones y Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 2 a 48 (C.D. fl. 2 archivo 08); en cuanto a los hechos aceptó: el la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Colfondos S.A. el legal forma y dentro de término a través de escrito incorporado a folios 4 a 26 (C.D. fl. 2 archivo 07, del expediente digitalizado); en el que se opuso a las pretensiones; aceptó el natalicio de la actora, la solicitud elevada para que se declarara la nulidad del traslado y la respuesta negativa emitida a la petición. Propuso las excepciones de fondo de: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios de consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios.

La AFP Porvenir S.A., a pesar de que fue notificada en legal forma, no hizo ningún pronunciamiento, por lo que a través de auto del 16 de julio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda (C.D. fl. 2 archivo 09, del expediente digitalizado)

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 (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado C.D. fl. 2) en la que declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora Gladys Stella Parra Barbosa al RAIS el 30 de enero de 1995 fecha de efectividad desde el 1° de febrero de 1995 por intermedio de la AFP Colfondos S.A. pensiones y cesantías y en consecuencia declaró válida la afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por afiliación de la demandante como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos generados por estos, los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro provisional los cuales deben asumir con cargo sus propios recursos y utilidades sin deducción alguna; condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad los dineros descontados por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales con cargo sus propios recursos y utilidades sin ningún tipo de descuentos; a Colpensiones a reactivar la afiliación en el RPMPD y actualizar su historial laboral, declaro no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y condenó en costas a la AFP Colfondos y absuelve de las demás pretensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandante y las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones, interpusieron recurso de apelación. La parte actora centra su inconformidad únicamente frente a la falta de condena en costas a Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., indicando que resultan procedentes al haber presentado oposición a la demanda y haber sido vencidas dentro del proceso como lo estipula el artículo 365 del CGP.

A su turno, Porvenir S.A. pide que se revoque en su integridad por considerar que el deber de información no existía con las obligaciones que señaló el a quo pues para la época del cambio de régimen de se requería la expresión libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, sin que se impusiera la obligación de dar información a los afiliados, por lo que tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993; la carga

de la prueba no estaba en cabeza de Colfondos S.A. pero no puede hablarse de la inversión de la carga probatoria por cuanto los hechos son indefinidos, en ese sentido la parte actora debió acreditar las afirmaciones o negaciones en el trámite del proceso. La motivación de la parte actora es netamente económica, ya que busca acceder a una mesada superior, por lo que deben negarse las súplicas de la demanda, de manera que Colfondos S.A. dio información somera y que no estaba lejana a lo que sucedía en dicha época. No se comparten los fundamentos en los actos de relacionamiento, máxime cuando el actor efectuó un traslado horizontal, por lo que el comportamiento del actor demuestra que su intención siempre fue permanecer al RAIS. Tampoco procede la devolución de gastos de administraciones comisiones y fondo de pensión de garantía mínima, puesto que es una carga que sólo se impone a la última AFP y no a todas a las que estuvo afiliado el demandante. A más que no es viable la devolución ordenada por cuanto se causaron rendimientos, por lo que proceden las restituciones mutuas, aunado a que las sumas descontadas no hacen parte de los dineros que forman el derecho pensional, lo cierto es que estos rubros si son susceptibles de ser prescritos. Recibió al demandante con ocasión al traslado entre administradoras.

A su turno Colpensiones indica que no le es aplicable la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional si se tiene en cuenta que los demandantes no son beneficiarios del régimen de transición, por lo que no se ha causado perjuicio algún, además de ello se encuentran inmersos en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y teniendo la oportunidad de retornar al RPMPD con la expedición de esa ley no lo hicieron; aunado al hecho que no está probada la existencia de un vicio en el consentimiento y que el traslado de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, y dada su permanencia en el RAIS por más de veinte años y haber realizado traslado entre fondos, ratificaron su voluntad de permanecer allí, lo que conduce a establecer que conocía las particularidades de él; insistiendo que, de confirmar la decisión de primer grado se generaría una descapitalización en el sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Carlos Alberto Ballesteros apoderado de la parte

demandante y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión.

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 e, Colpensiones y la AFP Porvenir S.A y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 62 años de edad, dado que nació el 22 de febrero de 1960 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 21 C.D. fl. 31 archivo 01 del expediente digitalizado); sin embargo, la corporación recuerda, como lo ha reiterado en infinidad de veces, que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 30 de enero de 1995, con efectividad desde el 1° de febrero del mismo año a la AFP Colfondos S.A., diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no se le brindó información completa, necesaria, verás, transparente y oportuna sobre las consecuencias de cambiar de régimen, (...) no le explicaron sobre las características de cada régimen, tampoco se le brindó un comparativo entre el ellos, no le indicaron las formas como podía obtener su pensión”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los

servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **Colfondos S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 30 de enero de 1995, efectivo a partir del 1º de febrero de la misma anualidad fl. 27 (C.D. fl. 2 archivo 07 del expediente digitalizado). 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.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte la demandante aseguró que en 1995 a su lugar de trabajo que era una entidad del Estado, llegó la

promotora Colfondos S.A. pensiones y cesantías S.A. que realizaron una reunión de más o menos 15 a 25 personas y les dijeron que debido a los ingresos podía afiliarse cotizando con el valor legal o con una suma superior que le permitiría recibir una mesada más alta y cuando lo desearan o retirar el dinero cuando quisiera, además le dijeron que le notificaban los aportes y sus rendimientos, la reunión no duró más de 10 minutos, firmó una hoja y corroboró los datos del nombre y el número de cedula; adoptó la decisión de trasladarse debido a todos los beneficios que le plantearon; en la primera afiliación no tuvo tiempo de nada; no se pudo hacer preguntas; no recibía extractos físicos ni virtuales; no tiene conocimiento acerca de los rendimientos que recibía por parte de los fondos privados, no le suministraron toda la información acerca de las características, bonos pensionales, mesada pensional, acerca de la cuenta de ahorro individual, ni que necesitaba un capital 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, **Colfondos 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 de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 30, C.D. fl. 2, archivo 07 del expediente digitalizado y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **Colfondos 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 como se observa en los anexos incorporados en el folio 30, C.D. fl. 2, archivo 07 del expediente digitalizado, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

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

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de Porvenir y Colpensiones 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

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

de afiliación de la demandante. Dé no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

COSTAS

Las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”.

En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar tanto la AFP Colfondos, como las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, son quienes deben asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que no queda otra camino que revocar parcialmente el ordinal sexto de la sentencia apelada, para en su lugar también imponer costas de la primera instancia a las convocadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en favor de la parte demandante.

Con fundamento en lo anterior de igual manera se impondrá costas en esta instancia a las recurrentes AFP Porvenir S.A. y Colpensiones ante la improsperidad de sus recursos.

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,

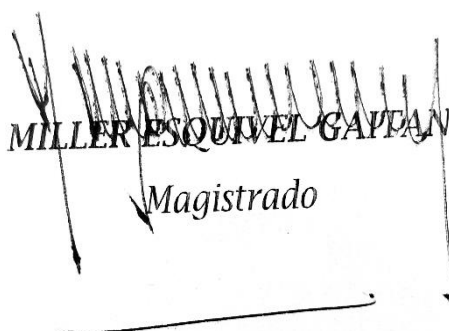
RESUELVE

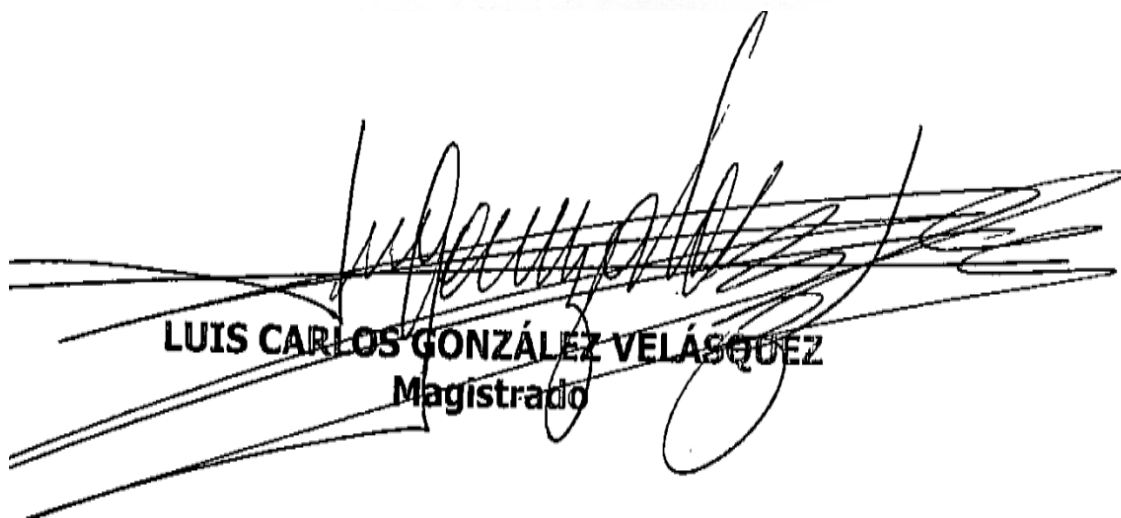
Primero.- Revocar parcialmente el ordinal sexto dela sentencia apelada y consultada, para en su lugar imponer costas de la primera instancia a las convocadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en favor de la parte demandante.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Costas de la instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$900.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de éstas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO ANTONIO TORRES BRADFORD CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Camilo Antonio Torres Bradford, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones- para que se declare y condene a la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes

de la Ley 71 de 1988 con el 75% del IBC de los últimos diez años, de forma retroactiva desde el 1° mayo de 2011, o en su defecto la reliquidación de la pensión de vejez conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, así como el pago del retroactivo de las diferencias causadas con efectos fiscales desde el 8 de octubre de 2015, por efectos de la prescripción trienal, hasta cuando se incluya en nómina, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo probado ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones se presentan como fundamentos fácticos los relacionados a folios 2 y 3 del instructivo los que en síntesis expresan que: nació el 14 de octubre de 1950; laboró al servicio de varias entidades oficiales y cotizó al ISS como trabajador privado desde el 8 de junio de 1970 al 30 de abril de 2011 en periodos que relaciona en el hecho 3; que se encontraba amparado por el beneficio del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005; que al momento de sus retiro del sistema general de pensiones el 30 de abril de 2011, acreditó 1.034 semanas entre los servicios como servidor oficial y los cotizado como trabajador privado la demandada; que mediante resolución No. 56690 del 9 de abril de 2013 Colpensiones le reconoció pensión de jubilación por aportes conforme a la Ley 71 de 1988; con el 75% del IBL calculado sobre lo cotizado en los últimos diez años en \$982,443, lo cual fue confirmado en las resoluciones GNR 199737 del 2 de agosto de 2013 y VPV 6683 del 7 de mayo de 2014; que mediante radicado del 13 de febrero de 2019 solicitó a la entidad de seguridad social la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta para el efecto el IBL de lo cotizado en los últimos diez años que asciende a \$1.426.205 o el reconocimiento de la pensión conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y Colpensiones en resolución SUB 18748 del 16 de julio de 2019, negó la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma legal y dentro de término, mediante escrito

incorporado en la carpeta 3 del expediente digitalizado (cd fl 2), en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones; respecto de los hechos los aceptó en su gran mayoría excepto el relacionado con los requisitos para el derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, falta de legitimidad en la causa por pasiva y la innominada o genérica.

Mediante providencia emitida dentro de audiencia llevada a cabo el 28 de enero de 2021, el juzgado de conocimiento, ordenó la vinculación como litisconsorte necesario a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social - UGPP, quien notificada, en legal forma y dentro de término dio respuesta a la demanda en escrito visto a folios 140 a 145 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas, frente a los hechos dijo no constarle ninguno de ellos y propuso las excepciones de Falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, no pago de intereses moratorios, no hay lugar a la imposición de condena en costas y la genérica.

Por medio de escrito incorporado a folios 166 a 181 del expediente digitalizado, hizo intervención la Agencia Jurídica del Estado, en el que solicita se nieguen las pretensiones, en aplicación de la sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 sobre reliquidación de pensión de ley 33 de 1985, en el sentido de no acceder a la reliquidación pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y tampoco incluir factores salariales sobre los cuales no realizó el respectivo aporte, lo cual no es punto de debate en este proceso en razón a lo que se busca en este proceso es la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes (Ley 71 de 1988) reconocida por el ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta para el efecto el 75% del IBL de los últimos diez (10) años de cotizaciones.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que condenó a Colpensiones a

reajustar la mesada pensional inicial del señor Camilo Antonio Torres Bradford, a la suma de \$1.097.972 a partir del 1º de mayo de 2011, junto con los correspondientes reajustes anuales, declaró probada la excepción de prescripción sobre los reajustes causados con anterioridad al 26 de noviembre de 2016; condenó Colpensiones a pagar al demandante, el retroactivo de las diferencias entre lo pagado y las mesada establecida que se causaron desde el 26 de noviembre de 2016 y su inclusión en nómina, el cual deberá ser indexado al momento de su pago; autorizó a la demandada realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.; absolvió de las demás pretensiones; declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la UGPP y condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre en apelación, argumentando que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que si bien Colpensiones realizó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, distribuyendo la cuota parte a cada una de las entidades responsables de su reconocimiento de acuerdo con la vinculación como trabajador oficial y las cotizaciones realizada como trabajador privado; no le correspondía realizar su reconocimiento, debido que el mayor tiempo fue como servidor público y si bien ante el ISS hoy Colpensiones fue la última entidad a la que realizó aportes, no suma más de seis años, para ser la responsable del reconocimiento prestacional, por lo que pide revocar la sentencia apelada y absolverla de las pretensiones formuladas.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que la afectan.

CALIDAD DE PENSIONADA DEL DEMANDANTE

En el caso sub examine no se discute la calidad de pensionado del señor Camilo Antonio Torres Bradford, teniendo en cuenta Colpensiones a través de la resolución No. GNR 056690 del 9 de abril de 2013, le reconoció pensión de jubilación pro aportes, bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 a partir del 1° de mayo de 2011, en cuantía inicial de \$736.832, aplicando una tasa de remplazo del 75% sobre el IBL de \$982.443 (fls. 38 y ss del expediente digitalizado, cd fl 2, archivo 01).

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN

No existe discusión en que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues así lo indicó la demandada al estudiar el reconocimiento de la prestación, así como la reliquidación de la pensión conforme a los parámetros de la Ley 71 de 1985, resolución GNR 056690 del 9 de abril de 2013 y SUB 185748 del 16 de julio de 2019 (fls. 38 y ss del expediente digitalizado, cd fl 2, archivo 01).

Ahora bien, sabido es que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les aplica la edad, el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones y el monto de la pensión previstos en el régimen anterior, no obstante el IBL es el señalado en la ley 100 de 1993, tal como lo indica el inciso 3° del artículo 36, según el cual “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”; por tanto, cuando se trata de personas que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 les hacía falta más de 10 años para acceder a su derecho la norma a aplicar es el artículo 21 de la ley 100 de 1993, el cual establece la forma de liquidar la prestación dentro de los últimos 10 años a la fecha de adquirir el status o todo el tiempo si supera un monto de 1250 semanas cotizadas.

Conforme a lo anterior, según la misma demandada en el acto administrativo mencionado anteriormente, el demandante tiene derecho al reconocimiento de

la pensión conforme a los postulados de la ley 71 de 1988, que cumplió la edad de 60 años el 14 de octubre de 2010, pero como a esa fecha no había cumplido los requisitos mínimos para obtener el derecho siguió cotizando hasta el 30 de abril de 2011, como consta en el resumen de semanas cotizadas y en acto administrativo que se le reconoció el derecho pensional visto a folio 58. Entonces, para la obtención del ingreso base de liquidación se debe acudir a lo previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir los salarios válidamente devengado en los últimos 10 años a la fecha de adquirir el status pensional, pues en el asunto no opera la figura de toda la vida laboral como quiera que el demandante tan solo cotizó un total de 1.034 semanas, así mismo se debe apreciar el ingreso base de cotización realizadas por servicios al sector privado, como independiente, las realizadas en el sector público a través de la Caja de Previsión Social de Superintendencia Bancaria, y los salarios como trabajador de la Empresa Distrital de Servicios Públicos de Bogotá a cargo del Foncep, fue una asignación básica mensual.

Así, al verificar la liquidación de la pensión conforme a las anteriores preceptivas, se tiene que al valorar los salarios válidamente devengados durante los últimos 10 años, que en el caso se extendieron desde el 31 de agosto de 1981 hasta el 30 de abril de 2011, dado a que existieron períodos en donde no se aportó, por lo que efectivamente le asistió razón al a quo al ordenar la reliquidación contabilizando algunos periodos de aportes realizados a la Caja de Previsión Social de Superintendencia Bancaria y los salarios como trabajador de la Empresa Distrital de Servicios Públicos de Bogotá a cargo del Foncep, pues éstos fueron omitidos por la entidad convocada, máxime que al revisar los salarios devengados tanto en el sector privado y como en el sector público conforme las certificaciones laborales y el historial de semanas que obra en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta anexa en el expediente digitalizado), fueron los que se tuvieron en cuenta por la primera instancia al efectuar la liquidación, pues a verificar nuevamente la mismas, y al realizar las operaciones por parte del Grupo de Apoyo Liquidador creado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se encontró que el IBL de los últimos 10 años efectivamente corresponde al obtenido por el fallador de instancia, el cual asciende a \$1.463.963,00, al que aplicarle una tasa de remplazo del 75% ,

resulta una mesada inicial por valor de \$1.097.972,00 a partir del 1° de mayo de 2011, correspondiendo en consecuencia ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo de las diferencias entre lo que ha venido pagando y el valor real de la mesada pensional, debidamente indexadas para contrarrestar la devaluación del peso colombiano; causadas desde el 26 de noviembre de 2016, por efectos del fenómeno de prescripción teniendo en cuenta que el demandante presentó reclamación administrativa reclamando la reliquidación el mismo día y mes de 2019. Razones por la que se debe confirmar la sentencia apelada y consultada.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad presentada por Colpensiones en el sentido de que carece de legitimidad en la causa para reconocer el derecho prestacional, es de precisar, que la controversia propuesta no está encaminada a establecer a cargo de qué entidad de seguridad social está el reconocimiento del derecho prestacional del demandante; sino establecer, si había o no lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes reconocida por Colpensiones en favor del promotor en la cual como en efecto correspondía, estableció en pago las respectivas cuotas partes a cargo de las entidades responsables en proporción a los servicios como trabajador del sector oficial, por lo que sin lugar a más miramientos, se impone confirmar la decisión de primera instancia. Precizando que de acceder a lo pedido por la entidad de seguridad social, se estaría trasgrediendo el principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:

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

ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción."

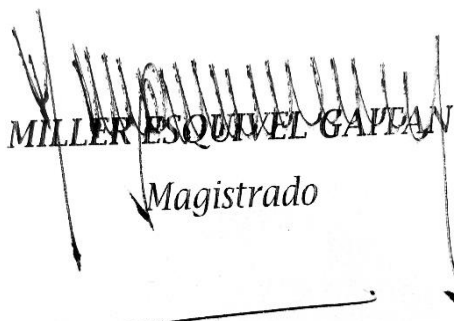
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., la Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

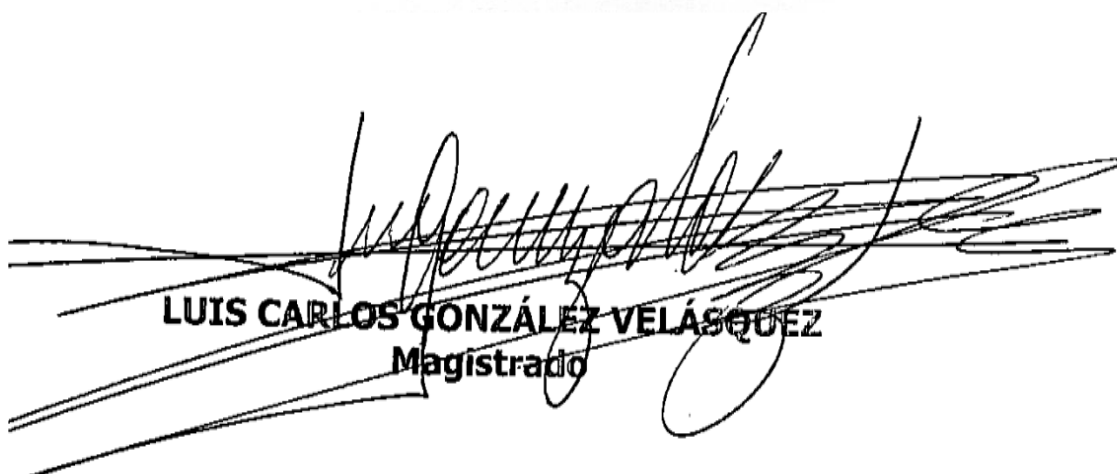
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la recurrente. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho a favor del actora

Notifíquese a las partes en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL CAPLAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado