

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 EDGAR DIOMEDES VIVAS GÁLVEZ, CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSATÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre de dos mil veinte (2020), 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 a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 53.077.146 y Tarjeta Profesional No. 184.941 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 291 y ss
Notifíquese*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020, por el

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

ANTECEDENTES

Edgar Diomedes Vivas Gálvez, por medio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. en su deber de información, efectiva desde el 1° de octubre de 1996, así como el traslado entre fondos ante la AFP Colfondos S.A., efectivo desde el 1° de septiembre de 2007. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales junto con sus rendimientos y saldos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, activar su afiliación, y actualizar su historia laboral. Subsidiariamente pide que se condene a las AFP demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados con el traslado al RAIS. Asimismo, se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 29 a 32 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de noviembre de 1958; debido a la falta de una verdadera asesoría se trasladó al RAIS, a partir del 1° de octubre de 1996, por intermedio de la AFP Porvenir S.A, administradora que omitió informarle que era mejor permanecer en el RPMPD para obtener una prestación pensional en mejores condiciones que en el RAIS, tampoco le informó sobre el costo de administración que tenía que pagar por la afiliación a ese Fondo, no le realizó una proyección de su pensión, ni se le explico de las modalidades de pensión en ese régimen, tampoco se le informó sobre los costas que debía asumir por el tema de longevidad, sobre la rentabilidad de podría obtener por los portafolios de inversión, ni mucho menos que el asesor comercial que lo indujo al traslado ganaría una comisión, por lo que se sintió

engañado al no brindarle una información oportuna sobre las diferencias de regímenes, es decir, no le brindo una información clara, diáfana y objetiva para tomar la decisión de trasladarse; circunstancia que igualmente ocurrió al momento de trasladarse a la AFP Colfondos a partir del 1° de septiembre de 2007, ya que lo único que ofrecieron fue una mejor rentabilidad; tampoco se le indico sobre la posibilidad de retracto o de retornar al RPMPD cuando le faltaren más de diez años para pensionarse. Señala que mediante comunicación del 29 de octubre de 2018 la AFP a la cual se encuentra afiliado le hizo una proyección de la pensión que podía obtener a los 62 años, en un valor aproximado de \$2.228.193; mientras que bajo los parámetros del RPMPD teniendo en cuenta su IBC y el monto sería de \$4.433.568,6, por lo que es evidente el perjuicio causado y que el 13 de noviembre de 2018 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones y solicito la nulidad de traslado a las AFP y esta ofrecieron respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (fls. 70 a 86 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el traslado realizado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y el agotamiento de la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través del escrito incorporado de folios 147 a 174 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones

formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la reclamación de nulidad de traslado presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la AFP Colfondos S.A., en el plazo y en legal forma contestó la demanda a través del escrito incorporado de folios 126 a 142 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y fecha de efectividad de traslado a ese fondo y la reclamación presentada ante esa entidad en la que se dio respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación con el traslado a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia adjunta en el expediente digitalizado, en la que declaró la nulidad del traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A; condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a esta última a recibir loa portes y proceder a actualizar su historia laboral, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba antes del traslado. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Colpensiones solicita que no se le condene a recibir al accionante como su afiliado, toda vez que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, permaneció en el RAIS durante más de 20 años, con lo cual ratificó su afiliación a ese régimen y esa entidad no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico celebrado entre éste y Porvenir S.A.; aunado al hecho que se vería afectado el equilibrio financiero del sistema.

Por su parte, Porvenir S.A. manifiesta que el traslado del régimen pensional del actor se realizó en cumplimiento de las normas vigentes para ese momento y que el formulario de afiliación fue firmado de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones. Agregó que el demandante incumplió sus obligaciones como consumidor financiero y que durante el tiempo de afiliación a esa AFP nunca mostró su intención de retornar al RPMPD, por el contrario, ha realizado actos tendientes a demostrar que se encuentra en el RAIS por voluntad propia. Añadió que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y su retorno al RPMPD afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, solicitó que no se condene a la devolución de los gastos de administración ni los rendimientos, por cuanto estos se causaron por la buena gestión de la AFP.

Finalmente, la AFP Colfondos S.A, reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme al Decreto 2555 de 2010, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros 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 de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a

Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta. De igual manera muestra su inconformidad frente a la condena en costas indicando que no fue la entidad que generó la afiliación inicial.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, señalando que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Porvenir S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

A su vez Porvenir S.A. pide que mantenga la absolución a esa AFP, teniendo en cuenta que no se ordenó a ésta transferir suma alguna a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada, debido a que no fue esta quien realizó el traslado inicial, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, no son caprichosas y el traslado de manera libre y voluntaria, así mismo que la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de las AFP o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de ellos aporte únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

La AFP Colfondos S.A. en su alegaciones pide apartarse del criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

Justicia, sobre el deber de información que deben suministrar las AFP a los afiliados del RAIS, indicando que esta se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de las AFP o de sus funcionarios. Insiste en que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos estar dispuestos en la ley 100 de 1993 y tienen destinación específica, aunado a que por parte de esa entidad se dio una buena administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado, generándole rendimientos financieros, por lo que se debe revocar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Porvenir S.A. en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 62 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 2 del expediente digitalizado); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 29 de octubre de 1996, con

efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año, (fl 178 del expediente digitalizado) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento expuesto por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas 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 “ el asesor de la AFP omitió informarle que era mejor permanecer en el RPMPD para obtener una pensión pensional en mejores condiciones que en el RAIS, tampoco le informó sobre el costo de administración que tenía que pagar por la afiliación a ese Fondo, no le realizó una proyección de su pensión, ni se le explico de las modalidades de pensión en ese régimen, es decir, no se le brindo una información clara, diáfana y objetiva para tomar la decisión de trasladarse”, son hechos indefinidos negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el

sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin 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 al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 5 de octubre de 1995. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en octubre de 1996 trabajaba en la empresa de contadores y hasta su oficina llegaron asesores del fondo privado, quienes le dijeron que el ISS se iba a acabar, y que si se trasladaba al fondo privado se podría pensionar con una mesada más alta y a más temprana edad; pero hoy en día sabe que eso no es así y considera que fue engañado. Dijo que el asesor no le brindó más información, tampoco le realizó una proyección pensional y al averiguar por la prestación que podía obtener se dio cuenta del engaño de que fue objeto. Así mismo indica que su traslado a AFP Horizonte hoy Colfondos S.A. fue por lo que igualmente lo visitaron donde trabajaba y le manifestaron que le convenía trasladar a ese fondo debido a que obtendría mayor rentabilidad y no había ningún problema entre fondos.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A. al momento de acoger como afiliado

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 175 del expediente digitalizado y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual " no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 175 del expediente digitalizado se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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, de acuerdo con lo manifestado por la representante legal de la AFP Porvenir, la única prueba al momento del traslado corresponde al formulario de afiliación . Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en

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 se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP 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, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó 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, 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 al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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 vencida las demandadas AFP incluida Colfondos S.A. siendo esta además la última AFP a la que se encuentra afiliado, y quien debe trasladar todos los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, 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 otro camino que confirmar lo decidido por el a quo en este aspecto.

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

RESUELVE

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

Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAIDAN
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 CESAR JULIO MARTÍNEZ LIZARAZO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre de dos mil veinte (2020), 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.

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 las demandadas, contra la sentencia del 4 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

Cesar Julio Martínez Lizarazo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., realizado el 19 de julio de 1999 y en igual sentido, la afiliación realizada a Porvenir S.A. ante la omisión en el deber de información de éstas, en consecuencia, se

ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del actor en el RPMPD, sin solución de continuidad. Se condene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los bonos pensionales, intereses y rendimientos; y a Colpensiones una vez reciba las sumas proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral. Así mismo pide que se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 11 y 12 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: nació el 20 de septiembre de 1961; se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el 1° de junio de 1988, y realizó cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1999, suscribió afiliación con la AFP Colmena hoy Protección S.A el 19 de julio de esta última anualidad; y a partir del 1° de 2007 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliado. Señala que al momento de realizar su traslado de régimen no fue informado sobre las condiciones y requisitos para obtener su pensión en el seguro social, solo le indicaron que la que iba a obtener en el RAIS iba a ser superior a la que podría obtener en el RPMPD; los asesores de la AFP no le hicieron una proyección de la pensión, no se le indicaron las ventajas, desventajas, ni consecuencias que tal acto conllevaría a su derecho pensional; que mediante oficio del 17 de noviembre de 2017 Porvenir S.A. indicó que su pensión aproximada a los 62 años sería de \$1.049.400,00 mientras que en RPM sería de \$4.662.800,00 teniendo en cuenta el IBC de los últimos diez años; y que el 10 de abril de 2018, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, la que fue respondida en la misma fecha por la entidad en forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls.116 a 138 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación y cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones, la certificación de afiliación, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta

negativa; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 196 a 207 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación a dicha AFP y la proyección de pensión realizada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

De otro lado, la AFP Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 167 a 178 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación a la administradora, el traslado de la demandante a la AFP Porvenir, frente a los demás dijo no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección S.A. 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, grabación de audiencia enxa en el expediente digitalizado, en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Cesar Julio Martínez Lizarazo con la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 19 de Julio de 1999 contenida en formulario No. 1010485810 y consecuentemente la afiliación del

demandante a la AFP Porvenir S.A. del 14 de agosto de 2007; ordenó a Porvenir S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD, incluyendo los gastos de administración, comisiones y cualquier otro concepto que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, ordenó a Protección S.A. devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones y cualquier otro concepto que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, causados durante el tiempo que el demandante duró vinculado a ese fondo; y a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado del RPMPD, desde su afiliación inicial al ISS, declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas y condenó en costas a las AFP

RECURSOS DE APELACIÓN

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

Protección S.A., , reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme al Decreto 2555 de 2010, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros 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 de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

Porvenir S.A Porvenir S.A. manifiesta que la situación de la demandante no encaja dentro del precedente jurisprudencial debido a que no es beneficiaria del régimen de transición, aunado que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante y corresponde el descuento por gastos de administración teniendo en cuenta que estos se causan por la buena administración de la cuenta individual de la promotora.

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 demandante, pues 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 pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 32); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 19 de julio de 1999, con efectividad desde el 1° de septiembre del mismo año a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (fl 189 del expediente digitalizado), 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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores de la AFP no le hicieron una proyección de la pensión, no se le indicaron las ventajas, desventajas, ni consecuencias que tal acto conllevaría a su derecho pensional", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones

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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la

de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen o movimiento entre AFPs, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Acotando que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y otros el derecho común.

Pues bien, el representante legal de la AFP Protección S.A. al absolver interrogatorio de parte indicó que no existe soporte de la asesoría que se le brindó a la demandante al momento del traslado diferente al formulario de afiliación. Agregó que al momento de la asesoría se hacían proyecciones verbales sobre las prestaciones que pudiera obtener el afiliado y se brindó información requerida para la época sobre el régimen pensional, pero no existe soporte de ello y acepta que no se le informó sobre las modalidades de pensión que existen en el RAIS.

A su turno, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que para época en que realizó el traslado en julio de 1999 a la AFP Colmena hoy Protección, los reunieron en una oficina de la empresa donde trabajaba y los asesores le manifestaron en forma general que supuestamente el ISS se iba a acabar por lo que estaría en riesgo su derecho pensional ante la creación de los fondos privados se le indicó que lo mejor era realizar su traslado y fue así como aceptó trasladarse y firmó el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por el asesor, pero no se brindó información adicional; finalmente con lo que respecta al traslado a Porvenir, indicó que en el 2007 un asesor se dirigió a la compañía donde labora, donde le expuso algunas ventajas de fondo indicándole que allí obtendría mayor rentabilidad y por tal motivo se trasladó nuevamente. Agregó que nunca le informaron de la posibilidad de devolverse al RPM, sobre los rendimientos financieros ni aportes voluntarios; aceptó que nunca se acercó a solicitar información, pero porque confió plenamente en lo que los asesores le habían informado.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la

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

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

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.

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.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por las AFP demandadas Porvenir S.A. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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

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.

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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de las AFP Protección S.A. y 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, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional

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

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado