

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 DANIEL GABRIEL ACUÑA PRIETO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Ana Milena Ospina Bermejo, quien se identifica con C.C. No 1.110.529.057 y la T.P. No. 288.991 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Daniel Gabriel Acuña Prieto, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir y mantener su afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen; debiendo las accionadas reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la autorización del traslado, junto con la indexación de las sumas. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: realizó cotizaciones al ISS desde el 2 de febrero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1996; a partir del 1° de enero de 1997 los asesores de Porvenir SA lo “indujeron mediante engaños y ardidés” a trasladarse al RAIS; sufrió engaño y asalto en su buena fe derivados de la falta de información; el 15 de febrero de 2019 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación del actor al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir,

inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción, improcedencia de indexación e intereses moratorios, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 2 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 9 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 12 de diciembre de 1996, a través de la AFP Porvenir SA. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones o cualquier otra. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a actualizar la historia laboral del actor. Declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió de las restantes pretensiones; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que el traslado de régimen pensional es completamente válido, ya que el formulario de afiliación fue firmado de forma libre, espontánea y en cumplimiento de las normas vigentes para la época. Agregó que el demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPMPD y, en caso de haberse presentado una falencia en la información suministrada, la misma fue saneada con el tiempo de permanencia en el RAIS. Dijo que el actor actuó de manera descuidada frente a su futuro pensional, incumpliendo sus deberes como consumidor financiero; que la decisión del a quo

afecta la sostenibilidad financiera del sistema; y que Acuña Prieto se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.

Por su parte, Porvenir SA manifestó que la decisión de primer grado desconoce los principios de confianza legítima, interpretación restrictiva de las normas sancionatorias e inescindibilidad de las normas, toda vez que ya han transcurrido 25 años desde el traslado de régimen. Aseguró que no es posible dejar sin valor probatorio el formulario de afiliación que era el único requisito contemplado por la norma vigente en aquel entonces; aunado a que el actor tiene formación profesional y era plenamente capaz de comprender. Indicó que la declaratoria de ineficacia no conlleva retrotraer las cosas a su estado original, y, en todo caso, la carga de la prueba está en cabeza del demandante. Añadió que no es posible devolver los gastos de administración, por cuanto estos dineros no están destinados a financiar la pensión, y en virtud de esto se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, sin que se hubiese probado la mala fe de la AFP. Por último, solicitó que se condene en costas a Colpensiones, quien también resultó vencida.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha 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 60 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 12 de diciembre de 1996 a la AFP Porvenir SA (archivo 2 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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 “sufrió asalto en su buena fe derivado de la falta de información”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del

artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 12 de diciembre de 1996. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que es físico con maestría en óptica, y que el momento del traslado no le explicaron nada sobre los rendimientos que obtendría en el RAIS, ni lo que sucedería en caso de que falleciera. Dijo que le elaboraron un cálculo en el que se determinó que su mesada en el RAIS sería un 42,7% superior a la que obtendría en el ISS; pero no le explicaron cómo se realizó dicho cálculo.

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

de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que lo expuesto en los hechos de la demanda sobre la proyección pensional elaborada, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que proyecciones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Sin que sea razonable aludir a 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, pues como se dijo esa información se debió dar en el momento del traslado, en diciembre de 1996, lo que no convalida la obligación a cargo de la AFP.

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

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

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional que ostenta el demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, pues nada se garantiza con el grado de conocimiento profesional del afiliado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

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, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco acoge la Sala las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor 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.

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su

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.

origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que estos dineros no están destinados a financiar la pensión y no se acreditó que hubiese obrado de mala fe; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta

individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

CONDENA EN COSTAS

Considera la Sala que Porvenir SA no tiene interés para interponer recurso de apelación en lo relativo a la absolución de las otras demandadas del pago de las costas procesales, por no resultarle desfavorable la decisión de primer grado en este punto (art. 320 del CGP).

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

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

RESUELVE

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

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE MIGUEL ARTURO PUENTES CÁRDENAS CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo 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 la parte demandante contra la sentencia proferida, el 13 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés 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 Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Miguel Arturo Puentes Cárdenas, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Porvenir S.A., para que, se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene a dicha AFP a indemnizar los daños morales por el accionar fraudulento de uno de sus agentes, en cuantía de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; así mismo, se ordene a la AFP del RAIS a devolver a Colpensiones todo el dinero de la cuenta individual con sus rendimientos y el restablecimiento de la historia aboral en el RPMPD. Por último, solicita la condena con base en las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones se indica que: estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde enero de 1985; que, en agosto de 2009, al revisar un comprobante de aportes pensionales, se enteró que, en noviembre de 2006, había solicitado un traslado a la AFP Porvenir S.A., el cual nunca autorizó o suscribió; que, en razón de ello, el 21 de agosto de 2009, se dirigió a dicha AFP para solicitarle la anulación de esa afiliación, por lo que, el 14 de septiembre de 2009 la AFP procedió a suspender los trámites de la vinculación al considerar que era inválida; que, en diciembre de 2018 al solicitar una certificación percibió que traslado al RAIS seguía vigente, razón por la cual decidió iniciar trámite penal ante dicha actuación fraudulenta; que han transcurrido varios años sin que ninguna de las dos administradoras, pese a aceptar el fraude cometido con su firma y los datos erróneos impuestos en el formulario de traslado, materialicen los efectos de esa nulidad, ocasionándole perjuicios de diverso tipo, ante todo morales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones a través de escrito incorporado se opuso a todas las pretensiones; frente a los hechos aceptó

que instauró tutela contra Colpensiones y finalmente inició trámite penal ante la acción fraudulenta de su traslado. Como fundamento de oposición, sostuvo que, a la fecha no existe prueba alguna donde se evidencie que existió fraude en documento, por lo tanto, el actor se encuentra actualmente afiliado a la AFP Porvenir, y cuenta con plena validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo. Añadió, que en razón a que el actor se encuentra actualmente afiliado al RAIS, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el demandante al fondo respectivo, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, con imposibilidad para Colpensiones de tener al accionante como afiliado al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por esa entidad.

Como excepciones propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado, prescripción; e innominada o genérica.

A su turno Porvenir, dio contestación en forma legal y oportuna, en cuanto a los hechos aceptó la solicitud de la anulación por presunta falsedad en la firma, el comunicado emitido por parte de la AFP el 14 de septiembre de 2009, que se procedió a realizar traslado o giro al ISS \$7.325.818.07. Explicó que, desde el 2009, trasladó al demandante a el ISS hoy Colpensiones por fraude en la firma del formulario de afiliación con los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual, por lo que, en la actualidad, el demandante no se encuentra afiliado al RAIS sino a Colpensiones. Formuló como excepciones: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin

causa, innominada o genérica. En suma, sostuvo que no se oponía a que se declare que existió una indebida afiliación al régimen de ahorro individual, pues, para Porvenir existió un fraude en la firma del formulario de afiliación, al punto que realizó todos los trámites necesarios para anular esa afiliación y trasladar al demandante nuevamente al RPMPD.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo; declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado que efectuó el señor Miguel Arturo Puentes Cárdenas al RAIS administrado en este caso por la Sociedad administradora de Fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.; condenó a dicha sociedad a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin posibilidad de descuento alguno por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia; ordenó devolver de forma indexada de la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago; declaró que, para efectos pensionales, el demandante se encuentra afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a Porvenir S.A. Luego adicionó la sentencia en el sentido de que se debía negar la pretensión por indemnización por perjuicios morales, en razón a que no fueron acreditados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el demandante adujo que, contrario a lo concluido por el juzgador, sí obraba prueba de la afectación al daño moral, pues, si bien es cierto, no se aportaron declaraciones o testimonios donde se pueda establecer la afectación al daño moral, lo cierto era, que, sí se podía advertir de las pruebas documentales la zozobra y angustia que ha tenido que padecer durante todos esos años, desde el 2009 hasta la fecha, esto es, aproximadamente trece años, donde, prácticamente las entidades involucradas provocaron esa angustia y esa zozobra sobre las condiciones de la futura pensión y en qué régimen lo va a hacer, máxime que las demandadas en ningún momento

resolvieron de manera sustancial la reclamación, simplemente dilataron el trámite por años.

Señaló, que pese a la reclamación sólo hasta hoy la justicia le da la razón, pero quedó una zozobra, una angustia que debe ser indemnizada, por tal razón, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia que absolvió en ese punto, para que, en su lugar acceda a esa suplica.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el punto de inconformidad propuesto por el demandante en su recurso de apelación, y en consulta frente aquello que afecta a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN POR ACTUACIÓN FRAUDULENTA

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que el asunto que propuso el demandante y que contestó la parte pasiva, tiene que ver con la nulidad del traslado de régimen pensional que ocurrió el 27 de noviembre de 2006, en donde, supuestamente, el trabajador decidió vincularse a la AFP Porvenir S.A., con las consecuencias que esa decisión acarrea, pero que, en la realidad, como lo alegó el demandante, no obedeció a su voluntad o verdadera aspiración de trasladarse, sino a un fraude o acto ilegítimo cometido por algún funcionario de esa AFP, que de manera abusiva y sin su consentimiento diligenció dicho formulario plasmando su firma, y con la inclusión de datos erróneos, que no corresponden a su información personal, que aun más demuestran la trasgresión de los deberes de esos organismos de respetar la decisión de los usuarios.

En ese sentido, el problema jurídico no es la ineficacia del traslado de régimen por el incumplimiento de parte de las administradoras de fondos de pensiones en el deber de brindar información a los afiliados usuarios del sistema en el momento de la selección de alguno de los dos regímenes existentes, sino por un fraude o actuación adrede, abusiva y que suplantó la decisión del afiliado en ese cambio; de tal suerte que, si bien el juzgador de primer grado, en un principio hizo ese último análisis, para concluir que, en efecto se acreditó esa conducta de la AFP, también hizo análisis de la asesoría y buen consejo que se le exige a esos organismos, lo cual

sobraba, pues se insiste, esa no fue la causa petendi del asunto puesto en conocimiento de la jurisdicción.

Dicho lo anterior, tanto en las pruebas aportadas por el demandante como en las anexadas por la demandada Porvenir S.A., que fueron decretadas por la primera instancia, obra el formulario o solicitud de traslado del 27 de noviembre de 2006, con la firma del demandante y los datos allí impuestos, junto con una copia de la cédula de ciudadanía, frente a lo cual, éste indicó en el libelo, que nada de lo allí consignado correspondía a su verdadera actuación, en otras palabras, que él no suscribió ni diligenció ese documento, por ende, como lo adujo al principio el sentenciador impugnado, se trata de un planteamiento con negaciones indefinidas que invierten 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.

De tal suerte que, quien quiera alegar la validez del traslado o fincarse en que el formulario de afiliación surte todos sus efectos y, por ende, sí fue suscrito por el demandante, junto con toda la información allí impuesta, ante la negación o desconocimiento por parte de éste, debe demostrar lo contrario.

En ese orden, encuentra la Sala que la demandada AFP Porvenir S.A., no se opuso a ese aspecto, por el contrario, en la contestación al libelo expresamente indicó que, una vez el actor puso en conocimiento esa situación en agosto de 2009, procedió a invalidar la afiliación en lo que a ella le competía, procediendo a efectuar los trámites y traslados correspondientes, por lo que, correspondía a Colpensiones a gestionar internamente las validaciones pertinentes para tener al demandante como su afiliado en el RPMPD; y aunque la administradora pública se opuso a las pretensiones, insistiendo en la validez de la actuación, su posición en nada tiene el mérito de restarle contundencia al argumento del demandante, pues es la AFP Porvenir S.A., como receptora del traslado, quien se encuentra legitimada para

conceptuar, incluso, aceptar su equivocación, por haber sido quien afectó el derecho a la libre elección del afiliado, máxime que Colpensiones no aportó elemento de prueba diferente con el propósito de afianzar la supuesta legalidad de ese traslado.

Recuérdese, que en virtud del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, se reconoce el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer; de manera que la afiliación por primera vez a un régimen, así como el traslado entre los existentes se rige por dos principios: a) la libertad de elección, la cual prohíbe al empleador o a la administradora de fondos de pensiones obligar a una persona a afiliarse o trasladarse; b) la información y asesoría, que implica el deber de las administradoras de asesorar y brindar la verdad objetiva sobre las ventajas y desventajas del régimen de afiliación; de manera que, en cuanto a lo primero, si el empleador o la AFP, a través de cualquiera de sus dependientes acude a instrumentos falsos para suplantar la voluntad del afiliado, al punto, prácticamente de cometer una conducta punible, o valerse de engaños para desconocer la real intención del usuario, equivale a coartar su derecho a seleccionar el régimen al cual desea hacer sus aportes y llegar a una expectativa pensional, y de paso, el debido proceso que en toda actuación, incluso ante los particulares es exigible por el ordenamiento jurídico.

Por tal razón, si es la misma AFP, la que acepta ese tipo de irregularidades y procede a adelantar los trámites para invalidar el traslado, Colpensiones no puede oponerse y negar las consecuencias de esa invalidez basada en elementos falsos o irregulares, imponiendo mayores trabas administrativas, incluso, conminar al trabajador a adelantar acciones imposibles o postergar la afiliación como en este caso ocurrió.

En suma, como la AFP Porvenir S.A., coartó el derecho del demandante a la libre elección de régimen pensional, y como en la actualidad pese a que ese organismo quiso enmendar el error adelantando los trámites para el traslado o retorno al RPMPD, lo cierto es, que su vinculación al RAIS sigue vigente, y por ello, ante esa irregularidad detectada, lo propio es retrotraer las cosas a su estado anterior, esto es, como si nunca hubiese ocurrido el traslado, y sin que Colpensiones como administradora del RPMPD, pueda oponer elemento distinto que la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A., de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, anulación de Bonos Pensionales, porcentaje destinado al pago de

Seguros Previsionales y gastos de administración, como en efecto lo dispuso la primera instancia, con mayor razón, si por la actuación directa e irregular se causó esa vulneración al demandante.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El juzgador de primer grado absolvió de la súplica por indemnización de perjuicios morales causados por la conducta de las administradoras de pensiones, frente a lo cual hay que indicar que, de antaño, la jurisprudencia laboral ha aceptado la posibilidad de conceder la indemnización por esta clase de perjuicios en materia laboral y de la seguridad social, acudiendo a principios generales del derecho, según los cuales, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. En tal sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia del 6 de julio de 2011, radicación 39867, sostuvo que los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.

Igualmente, ha enseñado la doctrina de la Corte, que la prueba de los perjuicios morales en los que se fundamenta la acción, no se limita a la comprobación de un daño cierto, sino que es necesario demostrar la relación de causalidad entre dicho daño y la conducta de la persona a la que se le atribuye la responsabilidad, pero en general, que, quien los alega, por cuenta del principio de la carga de la prueba (art. 167 del CGP), debe demostrarlos o aducir elementos significativos para convencer al juez sobre su ocurrencia a partir del hecho dañoso, aspecto muy diferente a su tasación, en la cual, por el tipo de afectación, el funcionario está en el arbitrio de imponerlos con base en los principios de la sana crítica.

En el asunto, como con acierto lo adujo el sentenciador de primera instancia, no existe elemento de prueba que acredite la ocurrencia de esos perjuicios morales alegados por el demandante, pues, lo único que se acreditó fue la ocurrencia del hecho irregular que condujo al traslado, pero, no se demostró cómo esa situación causó alguna merma en su aspecto emocional, o se generó esa angustia o zozobra

que alega, que aunque la Sala no desconoce los trámites y gestiones que tuvo que adelantar el actor para lograr este resultado de invalidez del traslado y los años que las administradoras descargaron su responsabilidad una a la otra, el juzgador no puede deducir o inferir esas repercusiones psíquicas o sociales que se pudieron ocasionar al afiliado, máxime, que no se está en presencia de otro tipo de daños, como ocurre en la figura de la indemnización plena de perjuicios del art. 216 del CST, por la muerte de un trabajador o alguna lesión por cuenta de la culpa patronal, en donde la jurisprudencia laboral ha relevado a los familiares más cercanos a la víctima de la prueba de esos perjuicios o al mismo trabajador en razón de los elementos demostrados en su afectación material; pero aquí, el caso es distinto, pues el interesado alega una aflicción emocional, en virtud de los trámites administrativos de las administradoras de pensiones o su actuación irregular, y para ello debe aportar elementos significativos que le permitan al juez establecer ese quebranto, que, por sí mismo, no es evidente, que se reitera, es reprochable anteponer ese tipo de barreras por parte de estas entidades, las cuales administran un el servicio público a la seguridad social en pensiones, pero que, en el momento de alegar un perjuicio más allá del que se puede esperar o soportar por esa incomodidad frente a cualquier usuario, debe demostrarse, y nada de ello se aportó, tan sólo lo alegado en la demanda y en el interrogatorio que absolvió el actor, que como se sabe, no es la acreditación de las pretensiones aducidas, bajo el principio de que nadie puede crear su propia prueba.

Bajo este entendimiento, se confirmará la decisión apelada y consultada.

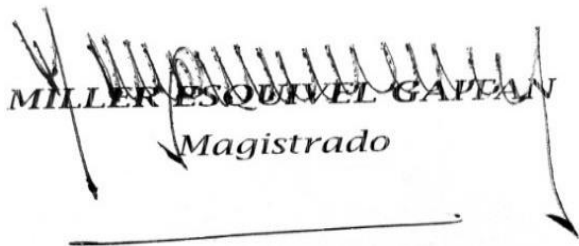
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

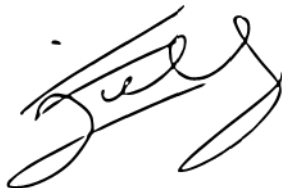
Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada, por lo dicho en lo parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JHENNY MERLANO GAVIRIA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA
PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas
Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de
2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del
proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y
que afectan a Colpensiones.*

ANTECEDENTES

DEMANDA

Jhenny Merlano Gaviria, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 8 de junio de 1963; estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones, desde febrero de 1989; el 3 de mayo de 1994 asistió a una reunión realizada por un asesor de Porvenir SA, quien les dijo que el ISS se iba a quebrar, que sus aportes se perderían y que los fondos privados eran la única opción para seguir cotizando; también les dijo que en el fondo privado se podrían pensionar a cualquier edad con una mesada igual a su último sueldo; el proceso de traslado al RAIS fue basado en información escasa, confusa, amañada, no veraz, no oportuna ni confiable; posteriormente se afilió a Colfondos SA; las AFP accionadas nunca le han brindado información clara, oportuna y real sobre el RAIS; en enero de 2020 solicitó su traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su posterior traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso

las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación a esa AFP, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

En similar sentido, Porvenir SA se opuso a las pretensiones de la demanda (archivo 6 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 13 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS y, por ende, también el traslado entre AFP. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido entre el 1° de mayo de 1998 y el 31 de marzo de 1999, con motivo de la afiliación de la accionante, con los rendimientos causados, sin efectuar descuento alguno por administración ni por cualquier otro

concepto; debidamente indexados. Autorizó descontar el dinero que transfirió a Porvenir SA con motivo del traslado de fondo solicitado por la demandante el 1° de abril de 1999. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos causados, sin efectuar descuento alguno por administración ni por cualquier otro concepto; debidamente indexados. Autorizó descontar el dinero que transfirió a Colfondos SA con motivo del traslado de fondo solicitado por la demandante el 1° de mayo de 1998. Declaró que Jhenny Merlano Gaviria se encuentra afiliada al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a la AFP Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que el traslado de régimen pensional es válido, en tanto la promotora del presente proceso suscribió el formulario de afiliación, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales, realizó actos de relacionamiento, no solicitó retracto ni presentó queja alguna ante la AFP. Añadió que la actora no cumplió con sus deberes como afiliada, entre los que se encuentra informarse sobre el formulario de afiliación que en su momento firmó. Dijo que, para la fecha del traslado, el formulario de afiliación era el único documento exigido, con el cual se acredita que la decisión fue tomada de manera libre y voluntaria; aunado al hecho que la asesoría se dio de manera verbal. Afirmó que no es posible devolver los gastos de administración, por cuanto fueron descontados por autorización legal y, debido a su buena gestión, ha generado altos rendimientos; además, estos gastos no están destinados a financiar la pensión, por lo que se encuentran prescritos, y, en caso de trasladarlos a Colpensiones, se generaría un enriquecimiento sin causa. Por último, solicitó que se condene en costas a Colpensiones y a Colfondos SA, quienes también resultaron vencidas.

Por su parte, Colpensiones manifestó que el traslado de régimen pensional de la actora es completamente válido ya que, para ese momento, el único documento

exigido era el formulario de afiliación, el cual se aportó en debida forma. Aseguró que la decisión del a quo genera una descapitalización en el RPMPD

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

Finalmente, el extremo demandante presentó alegatos solicitando confirmar la decisión apelada, toda vez que no se probó ningún tipo de asesoría brindada al momento del traslado de régimen pensional.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Porvenir SA hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 3 de mayo de 1994 a la AFP Porvenir SA (archivo 6 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

Como 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 "las AFP accionadas nunca le han brindado información clara, oportuna y real sobre el RAIS", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia

del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no

algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 3 de mayo de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la fecha del traslado, trabajaba en la empresa Colgás, hasta allí llegó una asesora de Porvenir quien le dijo que el ISS se iba a acabar y que al trasladarse al fondo privado tendría mejores garantías, se pensionaría antes y salvaría su inversión de pensión. La asesora diligenció el formulario y ella se limitó a firmarlo sin leerlo. La asesora no le explicó nada sobre el valor de la pensión en el RAIS, sobre rentabilidad, características del RPMPD, ni lo que sucedería en caso de que falleciese.

La representante legal de Porvenir SA, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que el único soporte documental con que cuenta es el formulario de afiliación, el cual da cuenta de la información brindada a la demandante de manera verbal.

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

Sobre el particular, cabe señalar que 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 ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 3 de mayo de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA.

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

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

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, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la actora no cumplió su deber como afiliada de informarse sobre el formulario de afiliación que suscribió, 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.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, 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 o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de

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

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 SA y por Colfondos SA, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que Porvenir SA no tiene interés para interponer recurso de apelación en lo relativo a la absolución de las otras demandadas del pago de las costas procesales, por no resultarle desfavorable la decisión de primer grado en este punto (art. 320 del CGP).

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

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

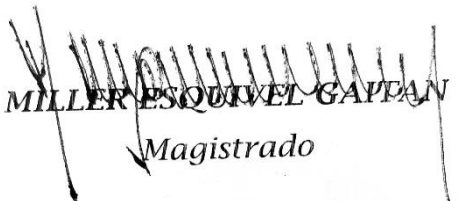
RESUELVE

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

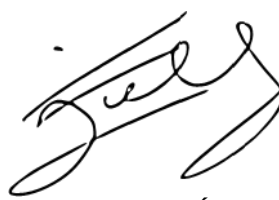
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PABLO ENRIQUE FERRÍN CAMARGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA

En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Diana Leonor Torres Aldana, quien se identifica con C.C. No 1.069.733.703 y la T.P. No. 235.865 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Reconocer personería al abogado Daniel Felipe Ramírez Sánchez, quien se identifica con C.C. No 1.070.018.866 y la T.P. No. 373.906 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías Porvenir SA, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 18 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Pablo Enrique Ferrín Camargo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a las AFP Porvenir SA y Skandia SA, para que se declaren nulos los formularios de afiliación suscritos con dichas entidades. En consecuencia, se declare que está válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones; debiendo las AFP accionadas devolver todos los dineros que hubieren recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos causados. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 15 de julio de 1957; se afilió al ISS el 9 de diciembre de 1985; en agosto de 1997 fue abordado por un asesor comercial de Porvenir SA quien lo convenció de trasladarse de régimen pensional, sin informarle de manera suficiente sobre las consecuencias “nefastas” de dicha decisión; en noviembre de 2015 se trasladó a Skandia SA quien le realizó una proyección pensional, tomando un IBC de \$17.236.000,00, lo que arrojó una mesada en cuantía inicial de \$4.979.000,00.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Skandia SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la proyección pensional realizada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; 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.

Por auto del 17 de enero de 2019 se ordenó vincular al trámite a la AFP Protección SA, quien contestó sin oponerse a los pedimentos de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción, traslado de aportes, y la innominada o genérica.

Mediante proveído del 5 de marzo de 2020 se dispuso vincular al trámite a Colpensiones, quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del

principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 7 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, efectivo el 1° de agosto de 1997, con la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones o cualquier otra. Condenó a Protección SA y Skandia SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación con dichas AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones o cualquier otro. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a las AFP accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Skandia SA argumentó que el traslado de régimen pensional del actor se realizó de manera libre y voluntaria, así como los traslados horizontales, toda vez que era plenamente consciente de la decisión tomada y la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo. Dijo que el demandante conocía plenamente el funcionamiento del RAIS y ratificó su voluntad de permanecer en dicho régimen al no mostrar inconformidad con los extractos recibidos. Agregó que Ferrín Camargo no cumplió con sus obligaciones como consumidor financiero relativas a informarse sobre su situación pensional. Por último, manifestó que no es posible devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional, por

cuanto estos dineros tienen una destinación específica y ya no se encuentran en su poder; además, debido a su buena gestión se generaron altos rendimientos.

Porvenir SA argumentó que la afiliación del actor con esa AFP no está vigente actualmente, ya que su vinculación se dio por dos periodos, del 1° de agosto de 1997 al 30 de junio de 2008 y del 1° de agosto de 2010 al 31 de octubre de 2015, lo que torna improcedente la devolución de aportes obligatorios, pues no se encuentran en su poder. Añadió que la afiliación del actor al RAIS es completamente válida, ya que se dio de manera voluntaria, sin presiones y totalmente informado, de conformidad con la normatividad vigente para la época. Indicó que no es viable devolver los rendimientos, gastos de administración y primas de seguro previsional, toda vez que su descuento se encuentra amparado legalmente y, en todo caso, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas.

Por su parte, Protección SA manifestó que no resulta procedente devolver los gastos de administración, pues su descuento está autorizado por la ley, además, debido a su buena gestión, se han generado altos rendimientos; y en caso de mantenerse la condena impuesta en este sentido, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y del demandante por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión.

Finalmente, Colpensiones indicó que el traslado de régimen pensional del actor produce plenos efectos entre las partes, ya que medió consenso en la información que se le brindó acerca de las condiciones y características del RAIS; decisión que ratificó con los múltiples traslados horizontales entre administradoras de dicho régimen, lo que también puede verse como un acto de relacionamiento. Aseguró que Ferrín Camargo se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, con lo cual se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema. Dijo que el actor no cumplió sus obligaciones como consumidor financiero.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como Colpensiones y Skandia SA

presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

Por su parte, el demandante presentó alegatos solicitando se confirme la decisión recurrida, por considerar que la pasiva no acreditó el cumplimiento del deber de información.

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

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

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 RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 64 años de edad, conforme se establece con la información contenida en su historia laboral (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 26 de junio de 1997, a la AFP Porvenir SA (archivo 2 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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 informó de manera suficiente sobre las consecuencias “nefastas” de trasladarse de régimen pensional”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional,

efectuado el 26 de junio de 1997. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que recibió una visita en su sitio de trabajo, no recuerda si fue individual o grupal, y allí le dijeron que los fondos privados ofrecían mejor rentabilidad lo que se traduce en una mayor pensión, aunque no se le proporcionó ningún documento.

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

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, o por el 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 ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 26 de junio de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

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

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

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, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Tampoco acoge la Sala las explicaciones traídas por Colpensiones y Skandia SA relativas a que el actor 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.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación

Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de cotizaciones, rendimientos generados, gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por las AFP accionadas en sus apelaciones, referente 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, o que estos dineros no están destinados a financiar la pensión, debiendo aplicarse la figura de las restituciones mutuas; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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.

En este punto, resulta preciso señalar que le asiste razón a Porvenir SA en su apelación al afirmar que la afiliación del actor con esa AFP no está vigente actualmente, lo que torna improcedente la devolución de aportes obligatorios, pues estos no se encuentran en su poder. En efecto, tal como se observa en la historia laboral aportada con el escrito de demanda, la administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado Pablo Enrique Ferrín Camargo es Skandia SA, por lo que es ésta, y no Porvenir SA, la encargada de trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, sin realizar descuento alguno por concepto de gastos de administración, comisiones o primas de seguro previsional. Limitándose la condena impuesta a Porvenir SA a la devolución de los gastos de administración comisiones o primas de seguro previsional. Razón por la cual se modificará la decisión de primer grado en este sentido.

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

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone

acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

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

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que corresponde a la AFP Skandia SA*

trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, en los que se incluyan cotizaciones y rendimientos, sin realizar descuento alguno por concepto de gastos de administración, comisiones o primas de seguro previsional, debidamente indexados.

Segundo.- Modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que corresponde a las AFP Protección SA y Porvenir SA trasladar a Colpensiones los valores descontados durante la vigencia de la afiliación del actor por concepto de gastos de administración, comisiones o primas de seguro previsional, debidamente indexados.

Tercero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el entendido de conceder a las AFP accionadas el término de 30 días para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado