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 LUIS AUGUSTO SEPULVEDA REYES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 02 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Luis Augusto Sepulveda Reyes, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Porvenir S.A. en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar nuevamente la afiliación del actor. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 10 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 14 de julio de 1955; cotizó a Cajanal en los periodos comprendidos entre el 1º de y el 22 de julio de 1982, del 20 de septiembre al 14 de octubre de 1982; del 1º de mayo de 1983 al 31 de agosto de 1985, como trabajador público en diferentes instituciones; de igual m manera cotizó a la Caja de Previsión Social de Boyacá desde el 24 de febrero de 1989 al 06 de septiembre de 1990; se afilió a ISS el 31 de marzo de 1995; el 28 de mayo de 1997 se afilió a Porvenir S.A. sin haber transcurrido 3 años de la fecha de vinculación al RPMPD; que dicha afiliación carece del deber de información acerca del derecho de retracto, de las modalidades pensionales al interior del RAIS, del reconocimiento, monto y proyección de la pensión de vejez, los rendimientos financieros y solo se le ofreció beneficios tales como pensionarse a cualquier edad y que el monto de la pensión sería superior al que obtendría en el RPM, por lo cual, el traslado no se efectuó de manera libre, consciente, espontanea, voluntaria y suficientemente informada; el 10 de junio de 2015 solicitó a Porvenir la anulación de su vinculación, la cual negó con el argumento de que la realizó de manera libre y voluntaria y que para realizar el traslado de régimen era necesario el diligenciamiento del formulario de solicitud de traslado de régimen con Colpensiones, por lo cual, el 09 de agosto de 2015 se radica formulario de afiliación ante dicha entidad y esta responde que es improcedente por no contar con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de Seguridad; el 19 de agosto de 2015 se presenta nueva solicitud a Porvenir frente a la anulación de su vinculación en razón de no haber transcurrido 3 años para cambiar de régimen pensional, y el 30 de octubre de 2015 Porvenir emite respuesta argumentando que se realizó cruce de información con Colpensiones y se concluyó que el actor había quedado válidamente afiliado a Porvenir porque el último periodo de cotización al RAIS fue en abril de 2002 y a Colpensiones fue en mayo de 1997; el actor reporta 106 semanas cotizadas desde abril de 1995 hasta mayo de 1997 a Colpensiones; la mesada pensional ofrecida por Porvenir asciende a $1.259.100 y por parte de Colpensiones asciende a $5.690.424; finalmente el 17 de enero de 2017 Porvenir reitera la improcedencia de la nulidad de afiliación al RAIS debido a que dicho proceso sólo lo puede realizar un juez o ante un ente judicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 250 a 252); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento y edad del actor; las reclamaciones hechas ante esa entidad, y las respuestas negativas ofrecidas; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 208 a 209); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento y edad del actor; la información suministrada por Porvenir acerca de pensionarse a cualquier edad y con un monto superior al que obtendría en el RPM; las solicitudes realizadas por el demandante y las respuestas negativas ofrecidas; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa 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, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 375) en la que declara la ineficacia del traslado del señor Luis Augusto Sepulveda Reyes del RPMPD al RAIS administrado por Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir, realizado el día 31 de octubre de 1994, así como la posterior afiliación a Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, realizado el día 26 de julio de 1997, y válidamente vinculado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración; absuelve a las demandadas de las demás pretensiones; sin costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión dela quo las partes la recurren en apelación, así: El demandante muestra su inconformidad frente a la falta de condena en costas, indicando que el proceso ha estado atendido por un profesional del derecho y para su trámite ha incurrido en gastos, aunado que las demandadas presentaron oposición a la demanda y resultaron vencidas en juicio, por lo que se le debe imponer condena por este concepto.

La AFP Porvenir S.A., insiste que la información suministrada al demandante, fue clara y comprensible, la cual se realizaba de forma verbal, por tanto no hay un documento adicional al formulario de afiliación, que puedan allegar al expediente para probar que ha estado válidamente afiliado al régimen de ahorro individual, además de ello al declarar la ineficacia no se no se probó conducta dolosa por parte de ese fondo que implique vicios del consentimiento; que el formulario de afiliación no se le puede restar valor probatorio y mucho menos desconocerlo, ya la información allí contenida es la que en el momento del traslado se exigía aunado que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003, por tanto no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resulta acorde a sus aspiraciones; que no se debe invertir la carga de la prueba a favor del afiliado ya que resulta imposible probar una asesoría de forma verbal que sucedió hace más de 20 años y es un despropósito que se solicite que allegue pruebas inexistentes, aunque efectivamente la jurisprudencia genera este tipo de inversión, también le correspondía al demandante demostrar que fue objeto de engaño, siendo que no se trata de un afiliado lego, debiendo conocer la ley sin que sea excusa su desconocimiento. Finalmente indica que frente a la devolución de los gastos de administración conforme lo establecido en la ley 100 de 1993, éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

A su turno Colpensiones indica que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación,

por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y de mantenerse la decisión se bene trasladar todos los dineros de la cuenta de ahorro individual sin lugar a descuento alguno.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

De igual manera lo hizo la parte demandante en sus alegaciones, se limita a pedir que se confirme la decisión de primera instancia por encontrase ajustada a derecho, y corresponde con la interpretación probatoria adecuada y completa.

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

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por AFP Porvenir S.A. y en las alegaciones de Colpensiones, referente a la restricción del derecho al traslado del demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole

razón en tal aspecto, pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 58 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 14 de julio de 1955, lo cual fue aceptado por las demandadas y da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl 30); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 31 de octubre de 1994 con efectividad desde el 1˚ de noviembre del mismo año (fl 220), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Porvenir S.A.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "dicha afiliación carece del deber de información acerca del derecho de retracto, de las modalidades pensionales al interior del RAIS, del reconocimiento, monto y proyección de la pensión de vejez, los rendimientos financieros", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones

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

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

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliada, sin 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 Horizonte hoy Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 31 de octubre de 1994 con efectividad desde el 1˚ de noviembre del mismo año (fl 220). 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

Pues bien, la representante legal de Porvenir S.A., en su interrogatorio de parte señala que dentro de los objetivos de ese fondo es que sus afiliados puedan mejorar su pensión, y puedan pensionarse a más temprana edad el cual se logra con una cotización con un salario estable y la realización de aportes voluntarios y al interrogarse si el actor recibió dicha información, indica que el asesor comercial debió realizarlo, así como las condiciones para pensionarse en ese régimen y demás circunstancias requeridas, pero no tiene conocimiento si se realizó, ni tampoco que se hubiese hecho algún acompañamiento al afiliado sobre su situación pensional; así mismo desconoce el grado de escolaridad del asesor comercial, pero debía estar capacitado, así mismo acepta que no existe comunicación en la que se indique al demandante la posibilidad de retornar al RPMPD, tampoco aparece documentación que acredite la entrega de reglamento en la que se establezcan los deberes y obligaciones del afiliado.

Por su parte el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que cuando estaba laborando como coordinador de fiscalías en Sogamoso, llegaron a varias asesoras comerciales de la AFP Porvenir y luego de averiguarle en que entidad se encontraba afiliada para pensión, le indicaron que el ISS se iba a acabar, dada la condición financiera por la que atravesaba y entonces perdía lo allí cotizado y la posibilidad de pensionarse, por lo que era mejor que se trasladara a ese fondo insistiéndole en ello, indicándole que allí podía pensionarse a más temprana edad y con una mejor pensión que la que podía recibir en el ISS, entonces con fundamento en ello fue tomo la decisión de suscribir el formulario de afiliación con; pero no se le indicó cuales eran los requisitos para pensionarse

en cada régimen, ni que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni que pasaba con los aportes realizados al ISS en el RPMPD, nunca le indicaron la forma en que podía pensionarse en el fondo, los requisitos allí establecidos, tampoco sobre un capital mínimo ni que pasaba si no alcanzaba a acumularlo, no le informaron sobre la garantía de pensión mínima, ni sobre las variables para liquidar la pensión en el RAIS, no se le informo sobre la posibilidad de retracto o la imposibilidad de retornar al ISS cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse. Agrega que si bien era abogado al momento de su traslado, no tenía conocimiento del funcionamiento de los fondos, ni la forma de obtener la pensión en uno u otro régimen ya que su especialidad era la penal donde por su labor diaria.

La anteriores manifestaciones fueron reiteradas por el testigo Manuel Antonio Chaparro, quien indicó ser compañero de trabajo del demandante y tiene conocimiento de que la única información brindada fue que el ISS se iba a acabar y estaba en riesgo su derecho pensional siendo la mejor opción trasladarse a ese fondo ya que allí se podía pensionar de mejor manera y a más temprana edad, pero no se les informó sobre las condiciones y especificaciones del RAIS.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, esto es, sin brindarse información alguna sobre el régimen, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión y demás aspectos básicos que debía conocer, por el contrario, si bien la representante legal de la AFP al absolver interrogatorio de parte indica que el asesor comercial debió brindar la información correspondiente, no existe prueba de ello en el expediente administrativo del afiliado, diferente al formulario de afiliación.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 218 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 218 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.

Tampoco son de recibo las consideraciones de que la demandante no se trata de un afiliado lego ya que al momento del traslado ya era abogado por lo que debía tener información sobre el sistema general de pensiones y las particularidades de cada régimen; en razón a que conforme lo manifestó éste en su interrogatorio de parte al momento de realizarse su traslado no contaba con conocimiento específico en pensiones y en el cargo que desempeñaba como coordinador de fiscalías, su especialidad se enmarcaba en lo estrictamente penal.

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1], el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se

---

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

hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019)*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

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

argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

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

En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar vencida las demandadas la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, son quienes deben asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera

vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que no queda otra camino que revocar el ordinal quinto de la sentencia apelada para en su lugar condenar en costas de la primera instancia a la parte demandada.

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

R E S U E L V E

Primero.- Revocar el ordinal quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a Porvenir S.A. y Colpensiones en costas de primera instancia
Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.
Tercero.- Costas de esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $600.000.oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado