

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 DIANA ROCÍO CUPAJITA BRÍÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a la Dra. Sandra Paola Anillo Díaz, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.050.038.302 y tarjeta profesional No. 271.077 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de abril 2021, por el Juzgado Primero 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

Diana Rocío Cupajita Briñez, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a realizar la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con todos los rendimientos y comisiones por manejo de la cuenta. Por último, pidió se condene lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 8 a 4 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 21 de junio de 1967; realizó aportes al otrora ISS del 17 de diciembre de 1990 a octubre de 1999, contabilizando 336,43 semanas; se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 22 de noviembre de 1999, traslado que se hizo efectivo el 1º de enero del 2000; al momento de la filiación no recibió la asesoría para tomar una decisión libre y consciente, ya que no se le manifestaron las ventajas y las desventajas del cambio de régimen, como la incidencia en su mesada pensional del capital ahorrado y la diferencia de su cuantía en cada régimen mediante una proyección pensional; tampoco se le explicó que podía retornar al RPMPD antes que le faltaran 10 años para cumplir la edad exigida para pensionarse; ha realizado aportes al fondo de pensiones desde su vinculación; solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación, quienes negaron lo pedido; elevó petición de simulación pensional al fondo de pensiones y aquel le indicó que la primera mesada pensional sería de \$1.380.800.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 78 a 91 del expediente); en cuanto a los hechos los aceptó los*

relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación y cotizaciones realizadas al RPMPD, sobre los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 121 a 135, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la afiliación a ese fondo de pensiones, frente a los demás señaló que no son ciertos en la forma presentada y no le constan. Propuso las excepciones perentorias 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, (Cd. fl. 167), en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a través de la AFP Porvenir S.A., fondo de pensiones al que condenó a trasladar a Colpensiones todos los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional y gastos de administración, y a esta última a autorizar el traslado. También se declaró que Colpensiones puede acudir a las vías ordinarias a reclamar los perjuicios ocasionados por el eventual reconocimiento pensional. Por último, no condenó en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, indicando se deben analizar las circunstancias en particular, como que para la fecha del traslado la AFP no se encontraba obligada a suministrar información más allá de la asesoría verbal, toda vez

que la única exigencia era que se suscribiera el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, hecho que fue ratificado por el desinterés de la actora en acudir a recibir la información que adolece luego de su vinculación; no es factible la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros, no forman parte del derecho pensional por lo que están sujetos a prescripción.

A su vez Colpensiones manifestó que de conformidad al artículo 167 del CGP la actora no acreditó que el fondo de pensiones incumpliera con el deber de información y buen consejo, aunado a ello debe tenerse en cuenta que la demandante es una contadora pública que tiene conocimiento del régimen pensional. Se pretende el beneficio de una mejor mesada pensional que evidentemente conllevaría un detrimento patrimonial a la administradora de pensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, quien argumenta que no se acreditó la falta de información, aunado a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.

De igual manera lo hizo la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia en los que adujo que en el plenario no se acreditaron los presupuestos legales para declarar una nulidad, por lo que se debe proceder a revocar la sentencia de primer grado.

La parte demandante en sus alegaciones, se limita a pedir que se confirme la decisión de primera instancia por encontrarse ajustada al precedente jurisprudencial.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no recibió la asesoría que requería para que de manera informada tomara una decisión libre y consciente”, 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 Porvenir S.A. al

momento del traslado del régimen pensional acontecido el 22 de noviembre de 1999 con efectividad desde el 1º de enero de 2000 (fl 2 archivo 02 del Cd. fl. 136). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que a su lugar de trabajo asistió un asesor del fondo de pensiones demandado, quien le manifestó que el ISS se iba a acabar y que o más beneficioso era que se cambiara de régimen pensional; no tuvo oportunidad de hablar de manera personal, sólo la charla que se hizo al grupo en general previo a la entrega del formulario de afiliación; no ha realizado aportes voluntarios; no le explicaron que era una cuenta de ahorro individual, sólo le dijeron que los rendimientos serían más rentables; no se le coaccionó para suscribir el formulario de afiliación; ya era contadora para la época en la que se vinculó a la AFP, pero siempre se ha dedicado al tema contable, jamás al tributario o al financiero, por lo que no conoce cómo se calcula la mesada pensional; debido a que tiene compañeros que conocen más del "área", ellos le indicaron que le era mejor estar en Colpensiones; dese hace 5 años fue que conoció que le resultaba más benéfico el RPMPD y a partir de allí es que quiere regresar a ese régimen, incluso se acercó a Colpensiones para solicitar el retorno; durante su período de maternidad en 2006 o 2007 no cotizó al RAIS; no le preguntó al asesor respecto de las implicaciones del cambio de régimen, ya que creyó en él cuando le dijo que era mejor el fondo privado.

También se recibió el testimonio de la señora María Adriana González Sierra, quien dijo haber sido compañera de trabajo en Cultivos Buenavista en la época del traslado; que se efectuó una reunión en la sala de juntas en la que el asesor les señaló que las pensiones serían más altas y que el ISS se iba a acabar; ambas asistieron a la reunión con cinco personas más; la actora se inscribió a Porvenir S.A.; la reunión duró 5 minutos. Al punto, no son de recibo las consideraciones aducidas por la AFP de que la demandante no se trata de un afiliado lego ya que su profesión es contadora pública, nótese que de su interrogatorio no es posible establecer que para la fecha de la afiliación contaba con conocimiento específico en pensiones, máxime cuando aquella señaló que su área de

desempeño es netamente contable y que fue a partir de que sus colegas que sí manejan el tema, supo que le era más beneficioso el RPMPD.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 4 (archivo 02 del Cd. fl. 136) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, basta ver la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 4 (archivo 02 del Cd. fl. 136) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea

de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019)

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original, que 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

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

que se 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, por eso 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 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, el traslado del régimen de pensiones es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación

Exp. No. 001 2019 00066 01

con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

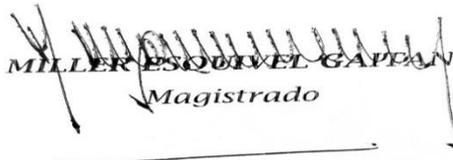
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 NELSON MAURICIO BARRIOS MANCIPE, CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSATÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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 demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno 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

Nelson Mauricio Barrios Mancipe, por medio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. en su deber de información, así como su posterior traslado entre fondos a Porvenir S.A. En consecuencia, a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros; a Colpensiones a activar su afiliación en el RPMPD, aceptar y recibir los

aportes, reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en los artículos 33 y 34 de ley 100 de 1993 una vez acredite los requisitos exigidos. Asimismo, se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 29 a 32 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 14 de julio de 1963, se afilió y realizó aportes al ISS hoy Colpensiones por más de 10 años; se trasladó al RAIS en 1994 por intermedio de la AFP Colfondos S.A., lo cual ocurrió por la introducción del sistema general de pensiones en el que los fondos iniciaron gestión comercial con el fin de traer afiliados; que los asesores comerciales de dicha AFP quienes le indicaron que el RAIS contenía muchas ventajas, sin explicarle como estaba diseñado cada régimen pensional; que la asesoría no contó con ningún tipo de ilustración como estaba conformado el RAIS; se le indicó que obtendría una mejor pensión que la que podía obtener en el RPMPD y a más temprana edad, pero no se le indicó como, se le informó solo sobre las ventajas, pero jamás a cerca de incidencias pensionales negativas, no se le informó, que en ese régimen todo depende del saldo que tenga en la cuenta de ahorro individual, el cual debería ser muy cuantioso para obtener una pensión en iguales condiciones que en el RPMPD, circunstancia que trajo una renuncia sin saberlo a un expectativa legítima de obtener una pensión digna ya que no se le explicó con detalle como era el sistema pensional donde se trasladaba; que en 2011 se trasladó a la AFP Porvenir, pero ésta tampoco se le informó sobre las incidencias de su decisión, no le advirtió sobre la posibilidad de retornar al RPMPD, ya que en ese momento contaba con 47 años de edad; en 2018 recibió el cálculo de lo que puede ser su mesada pensional a los 62 años y la AFP Porvenir le indicó que podía ser del 60% de la que mesada que podía obtener en Colpensiones, observándose un detrimento y que fue asaltado en su buena fe, por la deficiente y engañosa asesoría y que el 20 de diciembre de 2018 se agostó la reclamación administrativa con Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra a través de escrito visto a fls. 129 a 136 del expediente; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, la afiliación y cotizaciones al RPMPD al ISS hoy Colpensiones precisando que registra 496 semanas y el agotamiento de la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó:

prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través del escrito incorporado de folios 162 a 189 del proceso, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos manifestó que nos son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

Por su parte la AFP Colfondos S.A., dentro de término y en legal forma describió el traslado en escrito incorporado a folios 110 a 127, en el que se opuso a las pretensiones, frente a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento del promotor y frente a los demás dijo no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrados por esa AFP, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (cd fl. 272), en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por Nelson Mauricio Barrios Mancipe del RPMPD al RAIS; ordenó a la AFP Porvenir S.A., última entidad de seguridad social en pensiones a la cual se encuentra afiliado, trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisión es debidamente indexados al momento de la transferencia; a Colpensiones a recibirlos y realizar los ajustes correspondientes en la historia laboral, absuelve a las demandadas de las demás pretensiones, declaro no probadas las excepciones propuestas y condeno en costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que Colfondos S.A. cumplió con su deber de información, tal como estaba vigente en el año 1994. Agregó que el actor cumplía con condiciones para entender las implicaciones de su decisión, y que no cumplió con su obligación como consumidor

financiero de informarse sobre ello. Indicó que el accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al realizar traslados entre administradoras y que el desconocimiento de la ley no es excusa. Dijo que en el año 1994 no existía norma que contemplara la ineficacia del traslado en casos de omisión en el deber de información, y que siempre ha actuado de buena fe. Añadió que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual, generando importantes rendimientos financieros; y en el caso de las primas del seguro previsional, las mismas ya fueron trasladadas a las aseguradoras. Por último, afirmó que la prescripción sí es aplicable en el presente asunto, pues la ineficacia del traslado no está directamente relacionada con el derecho pensional y, en todo caso, sí debe declararse frente a la devolución de gastos de administración y las primas de seguro previsional. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Por su parte Colpensiones indica que no está probada la existencia de un vicio en el consentimiento y que el traslado de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, y dada su permanencia en el RAIS por más de veinte años y su traslado en fondos, ratificó su voluntad de permanecer allí, lo que conduce a establecer que conocía las particularidades de él, y que, de confirmar la decisión de primer grado, se generaría una descapitalización en el sistema, por lo que pide que se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar también a Colfondos la devolución de los gastos de administración con destino a esa entidad teniendo en cuenta que fue la AFP quien genero la afiliación al RAIS y es esta quien debe responder por las consecuencias del deterioro del bien administrado..

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. presento alegatos en esta instancia, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado d ellos aporte únicamente, ya que los rendimiento financieros son más

elevados que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "la asesoría no contó con ningún tipo de ilustración como estaba conformado el RAIS; se le indicó que obtendría una mejor pensión que la que podía obtener en el RPMPD y a más temprana edad, pero no se le indicó como, se le informó solo sobre las ventajas, pero jamás a cerca de incidencias pensionales negativas, no se le informó, que en ese régimen todo depende del saldo que tenga en la cuenta de ahorro individual," son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de

informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 2 de agosto de 1994, con efectividad desde el 1° de septiembre de la misma anualidad (fl 190). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la representante legal de Colfondos S.A., al absolver interrogatorio de parte, manifestó que es política de ese fondo brindar la información correspondiente al momento de realizar el traslado de régimen, sin embargo no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional del actor, ya que la única prueba que existe es el formulario de afiliación, por lo que no se aporta ninguna otra prueba sobre el particular y no se realizó simulaciones sobre el derecho pensional que le podía corresponder porque no había obligación de hacerlo.

A su turno la representante legal de la AFP Porvenir S.A. en su interrogatorio de parte también manifestó que tampoco se aporta ninguna otra prueba al proceso diferente al formulario de afiliación, porque no existe al no haber obligación de tener pruebas adicionales al momento de realizarse el traslado a ese fondo.

A su vez el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que estando laborando para Cafam, Colfondos inició una campaña de afiliación masiva en esa entidad, los agruparon en un salón, donde los asesores comerciales el fondo manifestaron que el ISS se iba a acabar y que debían trasladarse a los fondos privados los cuales iban a asumir las pensiones a partir del momento que se acabara el ISS, les aseguraron que su pensión iba a ser igual y que el Gobierno Nacional, no tenía la forma de reconocer la pensión al momento de alcanzar la edad por lo que los que más le convenía era pasarse al fondo privado, que la reunión duró aproximadamente media hora; el formulario fue diligenciado por personas de Cafam que organizó las reuniones con los datos que daban; que les indicaron que se manejaría una cuenta de ahorro individual, pero no se les indicó cómo funcionaba, tampoco que iba a obtener rendimientos financieros, que podía hacer aportes voluntarios, ni de qué manera podía obtener su pensión, ni bajo qué condiciones, solo les indicaron que su pensión iba a ser igual a la del ISS.

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 Colfondos S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, por el contrario las mismas representantes legales de las AFP demandada en su interrogatorio manifiestas que no existe ninguna prueba adicional 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 del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 27 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 27 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la AFP Porvenir S.A. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar

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

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su a su estado original; sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración y las sumas destinadas al seguro previsional 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 del demandante.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativos a que la ignorancia de la ley no es excusa y 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.

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

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.

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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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 el 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 al señor Nelson Mauricio Barrios Mancipe en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar también a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que el demandante permaneció afiliado a ese fondo, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

Primero.- *Primero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar de ordenar también a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que el demandante permaneció afiliado a ese fondo. De conformidad a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo del fondo recurrente. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de la AFP Porvenir S.A.*

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CONSTANZA DEL PILAR GUZMÁN MANRIQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a las Dras. Jorge Andrés Narváez Ramírez quien se identifica con la C.C. No 1.020.819.595 y T. P. No. 345.374 del CSJ como apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido; y a Mery Leonor López Cárdenas, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.015.392.260 y tarjeta profesional No. 317.321 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de abril 2021, por el Juzgado Primero 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

Constanza del Pilar Guzmán Manrique, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del acto, solicitud o formulario por medio del cual realizó el traslado de RPMPD al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. en octubre de 1999, por lo que no dejó de estar afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP a realizar la devolución de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos a Colpensiones y a esta última a recibir dichas sumas de dinero. Por último, pidió se condene lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 5 y 6 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 18 de enero de 1960; estuvo afiliada al otrora ISS desde el 1º de febrero de 1978 y hasta octubre de 1999, lapso en el que cotizó 903 semanas; el 7 de octubre de 1999 cambió de régimen pensional por medio de la AFP Porvenir S.A.; la asesora del fondo de pensiones no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna acerca de las características de los regímenes pensionales, la causación de la pensión de vejez en cada uno de estos, y las probabilidades de pensionarse. Tampoco se efectuó una proyección de la mesada a recibir; suscribió el formulario de afiliación sin el consentimiento informado; a la fecha permanece afiliada a Porvenir S.A., fondo en el que cuenta con \$402.925.933 en la cuenta de ahorro individual y que además registra un total de 1788 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; la AFP indicó que la mesada pensional a los 59 años de edad sería de \$1.658.400; solicitó a Colpensiones el traslado de

régimen, petición que se negó; pidió a Porvenir S.A. los soportes de la información suministrada en la época del traslado, pero se le indicó que aquella fue verbal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 71 a 76 del expediente); en cuanto a los hechos los aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la fecha hasta la que permaneció en el RPMPD, la reclamación administrativa y la respuesta negativa, sobre los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de la obligación y cobro de lo debido, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.*

*A su turno, la **AFP Porvenir S.A.**, en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 108 a 121, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa, la afiliación a ese fondo de pensiones y su permanencia en él, el total de semanas cotizadas, la solicitud presentada y su respuesta frente a los demás señaló que no son ciertos y no le constan. Propuso las excepciones perentorias que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia 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, (Cd. fl. 194), en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora del RPMPD al RAIS, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de

administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia y a esta última a recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia laboral. También declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP en suma de \$1.000.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para que se absuelva de todas las condenas, pues del interrogatorio de parte se extrae que contó con la información correspondiente al RAIS, como lo es la existencia de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que obtendría, y que se computarían los últimos años de su vida laboral para establecer la pensión, en este orden, es claro que tuvo la información que le permitió elegir entre una de las dos opciones de mercado, máxime cuando no tenía un derecho pensional consolidado. Si bien es cierto, se declaró la ineficacia del traslado, se debe tener en cuenta que el consentimiento del potencial afiliado no medió ningún tipo de constreñimiento, a más que el demandante fue claro en señalar que hizo la elección del régimen pensional de manera voluntaria. Se tiene que la administradora descuenta el 13% para sustentar el fondo de garantía y cobro de gastos de administración, sumas que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual y que se han descontado mes a mes a efectos de cubrir los riesgos de I.V.M.

A su vez Colpensiones manifestó que de conformidad con la Ley 797 de 2003 se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para retornar al RAIS. La actora reafirmó su voluntad de permanecer en el fondo privado, pues permaneció en aquel por más de 10 años realizando cotizaciones, incluso en el interrogatorio de parte la señora Guzmán Manrique aceptó conocer las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, quien argumenta que no se acreditó la falta de información, aunado a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.

De igual manera lo hizo la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia en los que adujo que en el plenario no se acreditaron los presupuestos legales para declarar una nulidad, por lo que se debe proceder a revocar la sentencia de primer grado.

La parte demandante en sus alegaciones, se limita a pedir que se confirme la decisión de primera instancia por encontrarse ajustada al precedente jurisprudencial.

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 planteado por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por Colpensiones el recurso de alzada, referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten 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 61 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 18 de enero de 1960, lo cual fue aceptado por las demandadas y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía aportada (fl. 36); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Porvenir S.A. el 7 de octubre de 1999 con efectividad desde el 1° de diciembre de 1999 (fl 124), 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 Colpensiones

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "PORVENIR NO le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna (...) en cuanto a las características del Régimen de Ahorro Individual y el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al momento de realizar la vinculación y traslado de régimen de pensiones", 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 Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 7 de octubre de 1999 con efectividad desde el 1º de diciembre de 1999 (fl 124 del expediente). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte quien dijo que es contadora desde el 2007, para la época del traslado era técnico, prestando sus servicios en la Contraloría General de la República, en donde el asesor le dijo que el ISS se encontraba en crisis, que en caso de su fallecimiento su hijo no podía heredar en el RPMPD, mientras que en el fondo de pensiones sí, además de que podía elegir el monto de la mesada entre 2 y 3 millones de pesos, pero no le dijeron cuál sería su cuantía, motivos que la llevaron a trasladarse; le informaron que solicitarían toda la información al ISS para consolidar la cuenta de ahorro individual, incluso le han llegado los extractos y el fondo le pidió que verificara si en la historia laboral se encontraban las entidades con las que había laborado; le explicaron que sus aportes tendría rendimientos, pero nada se le dijo de descuentos por cuotas de administración, no ha realizado aportes voluntarios; después del traslado no buscó información en la AFP; lo único que sabía de pensionarse en el RPMPD era que se calculaban los últimos años de servicios; suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, a partir de los ofrecimientos del fondo de pensiones; luego de que el fondo privado realizó una simulación pensional que arrojó una primera mesada de \$1.000.000, por lo que empezó a buscar el retorno a Colpensiones; conoció el conocimiento de los gastos de administración porque se reflejaban en el extracto de cuenta,

También se recibió el interrogatorio al representante legal de la AFP Porvenir S.A., dijo que es instrucción de la compañía que la asesoría se diera de manera individual y se les ilustra sobre las características y se procedía a la suscripción del formulario, el soporte de la información es el formulario; dentro de la información a los potenciales afiliados se les decía que podían realizar aportes voluntarios; no hay soporte escrito de que se le diera información adicional a la que se brindó luego del cambio de régimen, sin que ello implicara

el cierre de los canales de comunicación entre el fondo y sus afiliados, pues en el año 2004 se procedió a realizar una publicación en la que se indicaba la posibilidad de retornar al RPMPD.

No es posible establecer del interrogatorio de parte que la actora recibiera información completa acerca de las ventajas y desventajas del cambio con destino al RAIS, como lo aseguran las demandadas, nótese, que si bien indica la deponente ciertos aspectos característicos del régimen privado, lo cierto es que de igual forma dijo que no conocía aspectos como el cobro de las cuotas de administración, incluso señaló que vino a conocer de aquellos a través del extracto de cuenta.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 126 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, basta ver la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no

condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 126 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz,

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.

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, que 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, por eso 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 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, el traslado del régimen de pensiones es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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

RESUELVE

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 MARTHA MILADE LEÓN FAJARDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

A U T O

Se reconoce personería al abogado Jorge Andrés Narváez Ramírez, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.020.819.595 y tarjeta profesional No. 345.374 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial sustituto de la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno 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

Martha Milade León Fajardo, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., por el incumplimiento en el deber de información

y asesoría; que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir registrar en el sistema de información del RAIS la nulidad de la vinculación, trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses; a Colpensiones a activar la afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado de régimen, recibir los dineros trasladados y actualizar su historia laboral. De igual manera pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 43 a 46 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 24 de diciembre de 1959; inició su vida laboral con la Caja Colombiana de Ahorro de Puente Aranda, quien la afilió y realizó cotizaciones al ISS desde el 8 de octubre de 1986 y acumuló 480 semanas; el 23 de enero de 1998 suscribió el formulario de afiliación al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., pero al momento del traslado no fue asesorada o informada por el fondo sobre los riesgos, las diferencias entre uno u otro régimen pensional, sobre las ventajas, desventajas o inconvenientes sobre su decisión de afiliarse al RAIS; tampoco respecto del régimen pensional que más le convenía, analizando sus condiciones particulares y específicas para tomar la decisión de trasladarse; no se le indicó cuanto debía ser el capital necesario que debía tener en su cuenta de ahorro individual para poder pensionarse a una determinada edad en forma similar al RPMPD, la forma de distribución de su aporte pensional, ni que su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto de la afiliada como de sus beneficiarios y de que manera incide; no se le hizo proyecciones futuras, no se le informó sobre las condiciones para pensionarse anticipadamente; lo anterior a pesar de la AFP tenía la obligación de asesorarla de manera profesional, eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa con respecto a la decisión del traslado de régimen; en 2001 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., pero tampoco se le brindó la información antes mencionada; que presentó ante la citada AFP solicitud sobre su proyección de pensión el 2 de abril de 2019 y ésta en respuesta le indicó que su pensión podía ser de \$828.116, mientras que en el RPMPD sería de \$1660.800,00 teniendo en cuenta su IBC, y el número de semanas cotizadas, siendo evidente el perjuicio que le causó su traslado de régimen, sin haber sido debidamente informada; y que el 14 de marzo y el 25 de abril de 2019 solicitó a Porvenir y Colpensiones respectivamente, la anulación de su traslado y su retorno al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Exp. No. 016 2019 00370 01

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 149 a 153 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación y número de semanas cotizadas en el RPMPD, y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción e legalidad de los actos administrativos.

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.**, en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 94 a 119, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos acepta únicamente los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su traslado a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. precisando que su efectividad fue a partir del 1° de marzo de 1998, y los relacionados con la reclamación de nulidad y su respuesta negativa, frente a los demás señaló que no son ciertos en la forma redactada y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (cd y acta fls 187 a 189), en la que declaró la ineficacia del traslado realizado por Martha Milade León Fajardo del RMPPD al RAIS, ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; a Colpensiones recibir los dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas incluidas las agencias en derecho a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interpusieron recursos de apelación así: La AFP Porvenir S.A. manifiesta que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que con la afiliación al RAIS no se le causa ningún perjuicio al demandante en la medida que no es beneficiario del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de esa AFP; y por el

Exp. No. 016 2019 00370 01

contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual contiene todos los requisitos legales vigentes para la época, sin ser necesaria prueba adicional. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras y dentro del proceso se encuentra acreditado que recibió la información necesaria al momento de realizarse el traslado entre fondos, acotando que la demandante como consumidor financiero debía buscar la información requerida al momento del traslado. Así muestra su inconformidad frente la orden de traslado de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

Por su parte Colpensiones indica que no le es aplicable la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional si se tiene en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no se ha causado perjuicio algún, además de ello se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y teniendo la oportunidad de retornar al RPMPD con la expedición de esa ley no lo hizo; aunado al hecho que no está probada la existencia de un vicio en el consentimiento y que el traslado de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, y dada su permanencia en el RAIS por más de quince años, ratificó su voluntad de permanecer allí, lo que conduce a establecer que conocía las particularidades de él, y que, de confirmar la decisión de primer grado, se generaría una descapitalización en el sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o

Exp. No. 016 2019 00370 01

traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de los aportes únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.

La parte demandante en sus alegaciones, señala que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

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 los puntos de inconformidad planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala estima necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en la alzada, que no es otra que la referente a la restricción del derecho al traslado del 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 61 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 24 de diciembre de 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 5 del expediente); 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 Colpatria hoy Porvenir S.A. el 23 de enero de 1998 con efectividad desde el 1° de marzo del mismo año (fl 120 y ss), 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 Colpensiones.

D E L A N U L I D A D D E L T R A S L A D O D E R É G I M E N

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 fue asesorada o informada por el fondo sobre los riesgos, las diferencias entre uno u otro régimen pensional, sobre las ventajas, desventajas o inconvenientes sobre su decisión de afiliarse al RAIS; tampoco respecto del régimen pensional que más le convenía, analizando sus condiciones particulares y específicas, para tomar la decisión de trasladarse", 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.

Exp. No. 016 2019 00370 01

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 Colpatria hoy Porvenir S.A. el 23 de enero de 1998 con efectividad desde el 1° de marzo del mismo año (fl 120 y ss). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que al momento del traslado laboraba la servicio del Instituto Distrital de Cultura y Turismo, y su formación académica era la de bachiller académico y técnico en secretariado bilingüe y cuando estaba laborando se acercó un asesor del fondo privado Colpatria a la entidad y se dirigió a cada uno de los trabajadores pidiéndoles que se afiliaran indicándoles que era lo que más les convenía, y procedió a llenar el formulario con los datos allí solicitados, pero no recibió información sobre ese régimen, ni la forma de pensionarse; que con ocasión del bun de los fondos pensionales privados, pues, el asesor se limitó a indicar que era el mejor debido a que las empresa que conformaban ese fondo eran sólidas y por ello no tenía ningún problema, y ante el temor generado en que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes allí realizados, pero no le indicaron en qué consistía el régimen pensional, ni que podía obtener rendimientos financieros, no tuvo ninguna asesoría por parte de algún asesor de la AFP en ningún sentido diferente a lo indicado. ni recuerda que le informaran sobre la posibilidad de

Exp. No. 016 2019 00370 01

realizar aportes voluntarios; que realizo traslado entre fondos de Colpatria a Porvenir, de igual manera por el acoso de los asesores que le indicaron que allí sus condiciones eran mejores, pero tampoco se le brindo información clara y suficiente sobre sus condiciones para pensionarse en ese régimen .

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 Colpatria hoy Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación 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; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente no se evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a 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 de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 120 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 120 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

Exp. No. 016 2019 00370 01

lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

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

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por las AFP demandadas Porvenir S.A. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el

consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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

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

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.

Exp. No. 016 2019 00370 01

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

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

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de la AFP Porvenir S.A..*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
~~Magistrado~~


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA PATRICIA OTERO GALEANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Claudia Patricia Otero Galeano, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. para que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS, realizado en noviembre de 1994, dado el incumplimiento por parte de la AFP a la que se vinculó inicialmente (Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías), en su deber legal de información, al igual que los traslados entre fondos y que se encuentra válidamente afiliada en el RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A., ultima administradora a la cual

se encuentra afiliada, a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar, debiendo esta última entidad activar la afiliación, recibir los dineros y actualizar la historia laboral. 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 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de agosto de 1965; se afilió y cotizó al ISS a través de diferentes empresas del sector privado que relaciona desde el 26 de julio de 1993, posteriormente se afilió al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., pero al momento de la afiliación el fondo no se le informó a la actora acerca de las implicaciones de trasladarse del régimen pensional, la naturaleza propia del mismo, sobre las desventajas de su decisión, las diferencias entre ambos regímenes y las ventajas del RPMPD, es decir, nunca recibió una asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; al contratar una asesoría particular se dio cuenta del engaño de que fue objeto por los asesores del fondo privado al haber generado un conocimiento falso de la realidad, por lo cual, el 16 de mayo de 2017 presentó varios requerimientos a porvenir y al Colpensiones dentro de los cuales entre otros solicita la nulidad de la afiliación y su retorno a RPMPD las que fueron respondidas negativamente.

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. 129 a 132); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora; la no información acerca de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; la afiliación a Colfondos en el mes de noviembre de 1994; la solicitud radicada el 16 de mayo de 2017 a Colpensiones; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, compensación, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 171 a 172); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora; la solicitud hecha el 16 de mayo de 2017 a Porvenir y la respuesta negativa de esta; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos, precisando que conforme al aplicativo SIAF el traslado inicial al RAIS se realizó con la AFP Colfondos S.A. el 24 de octubre de 1994 y posteriormente se realizó traslado entre fondos a Porvenir S.A., el 18 de marzo de 1999. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

A través del auto de 4 de octubre de 2018 el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías como litisconsorte necesario, quien, notificada, dio respuesta en legal forma y dentro de término en escrito incorporado a folios 236 a 244, en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y frente a los demás manifestó que no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, 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 S.A. y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

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. 302) en la que declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS realizado por Claudia Patricia Otero Galeano con la AFP Colfondos S.A., suscrita el día 24 de octubre de 1994; que para todos los efectos

legales, nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar con destino a Colpensiones, los valores descontados por concepto de gastos de administración por el tiempo que estuvo la demandante a ese fondo; a Colpensiones, a recibir los dineros trasladados y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, declaró no probadas excepciones; sin condenas en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión de la a quo, las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación de la siguiente manera: **Colpensiones** indica que no le es aplicable la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional si se tiene en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no se ha causado perjuicio algún, además de ello se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y teniendo la oportunidad de retornar al RPMPD con la expedición de esa ley no lo hizo; aunado al hecho que no está probada la existencia de un vicio en el consentimiento y que el traslado de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, y dada su permanencia en el RAIS por más de veinte años y haber realizado traslado entre fondos, ratificó su voluntad de permanecer allí, lo que conduce a establecer que conocía las particularidades de él; insistiendo que, de confirmar la decisión de primer grado se generaría una descapitalización en el sistema.*

*A su turno la **AFP Porvenir S.A.** manifiesta que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que con la afiliación al RAIS no se le causa ningún perjuicio al demandante en la medida que no es beneficiario del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de esa AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual contiene todos los requisitos legales vigentes para la época, sin ser necesaria prueba adicional. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 26 años, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la*

prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras y dentro del proceso se encuentra acreditado que recibió la información necesaria al momento de realizarse el traslado entre fondos, ya que la doble asesoría solo se hizo obligatoria con la reforma introducida al sistema de seguridad social en pensión, en tal sentido. Por lo anterior solicita que se revoque en todas sus partes la decisión de primera instancia.

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 insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace más de 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de los aportes únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.

La parte demandante en sus alegaciones, señala que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Colfondos S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por AFP Colpensiones, referente a la restricción del derecho al traslado de la 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, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 55 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 12 de agosto de 1965, lo cual fue aceptado por las demandadas y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 34); 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 24 de octubre de 1994 con efectividad desde el 1° de noviembre de la misma anualidad (fl 183), 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 Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quien tienen la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, ya que 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 acerca de las implicaciones de trasladarse del régimen pensional, la naturaleza propia del mismo, sobre las desventajas de su decisión, las diferencias entre ambos regímenes y las ventajas del RPMPD, es decir, nunca recibió una asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para le elección de su régimen pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bien, el representante legal de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la única prueba que reposa respecto de la actora al momento del traslado al RAIS es el formulario de afiliación.

A su vez, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que para época en que realizó el traslado en 1994, en una reunión grupal realizada por los asesores del fondo privado en su lugar de trabajo, donde les indicaron que había surgido un nuevo sistema de pensiones que iba a estar operado por ellos establecía una nueva alternativa para pensionarse y recomendaban pasarse al nuevo régimen debido a que el seguro social iba a desaparecer debido a su situación financiera por la que atravesaba en ese momento por lo que estaría en riesgo su derecho pensional y los aportes allí realizados, otra cuestión atractiva fue que en el nuevo régimen podía pensionarse con una mejor mesada que la que podía obtener en el ISS y a más temprana edad y en razón de ello aceptó trasladarse y firmó el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por el asesor. De igual manera indica que no se brindó información adicional; finalmente con lo que respecta al traslado a Porvenir S.A. fue porque su empleador le recomendó que se pasaran a ese fondo, es decir lo fue por políticas de la compañía. Agregó

que nunca le informaron como obtendría la pensión en cada régimen, sobre el régimen de transición, de la posibilidad de devolverse al RPM, sobre los rendimientos financieros ni aportes voluntarios; aceptó que nunca se acercó a solicitar información, pero porque confió plenamente en lo que los asesores le habían informado y al haberse enterado de la información equivocada que le dieron luego de consultar como se pensionaria, lo motivaron a pedir su retorno al RPMPD

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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación 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; por el contrario el mismo representante legal de la AFP al absolver interrogatorio de para, de manera insiste en señala que la única prueba que reposa sobre el particular es el 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 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información. Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

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

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

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

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por las recurrentes. según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que al haber operado el traslado entre fondos y haber permanecido por largo

tiempo en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, debido a 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.

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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración; como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en sus alegatos presentados en esta instancia, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el

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.

traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

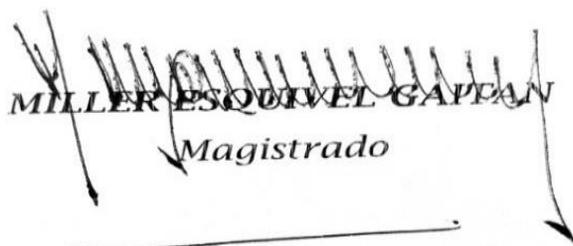
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Las partes quedan notificadas en estrados.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado





~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
~~Magistrado~~



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA AMPARO ZAMBRANO GUERRERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a la Dra. Natalia Carrasco Boshell quien se identifica con la C.C. No 1.121.914.728 y T. P. No. 288455 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la actora Claudia Amparo Zambrano Guerrero contra la sentencia proferida el 1º de junio de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Claudia Amparo Zambrano Guerrero, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare nulo e ineficaz traslado al RAIS, dada la omisión de información por parte de los fondos privados. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses; debiendo esta última entidad recibir y restablecer la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad a partir de agosto de 1994. De igual manera, se condene a las accionadas al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de septiembre de 1965; que se afilió al ISS el 17 de abril del 1989; el 21 de julio de 1994 mientras prestaba sus servicios al empleador UPAC Colpatria se trasladó a la administradora de pensiones y cesantías Colpatria hoy Porvenir S.A.; el cambio de régimen acaeció debido a que el empleador lo impuso, además de que se ofreció la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, con una mesada pensional superior a la que recibiría en el otrora ISS, a causa de las ganancias sobre el capital ahorrado, sin embargo, no se le instruyó sobre las desventajas de su vinculación al RAIS, por lo que no se le dieron elementos de juicio claros y objetivos para decidir con el conocimiento de información, clara, suficiente y veraz; no se le explicó cuál era el monto mínimo de capital que requería para pensionarse ni se elaboró proyección pensional; de otro lado, se le dijo que la administradora del RPMPD era inviable que accediera a la prestación pensional; en la actualidad está afiliada a Colfondos S.A. y cuenta con un salario de \$7.614.551; radicó reclamación administrativa a Colpensiones, el 8 de noviembre de 2019, entidad que negó sus pretensiones; un particular elaboró proyección pensional, la cual arrojó una primera mesada pensional en el RPMPD de \$4.748.858, mientras que con la AFP Colfondos S.A. correspondería a \$1.550.000, por tanto, es evidente el daño causado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna (fls. 84 a 88), oponiéndose a las

pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos s.a. contestó dentro del término legal fls. 107 a 109), se opuso únicamente a la condena en costas. De los hechos planteados, aceptó la fecha de nacimiento y la vinculación con de la actora. No propuso excepciones.

A su vez, Porvenir S.A. allegó escrito de contestación (Cd fl. 150), se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos planteados acepto la creación del fondo de cesantías y pensiones por Colpatria sobre los restantes contesto no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (Cd fl. 153), en la que absolvió a las demandas de todas y cada una de las pretensiones. Declaró probada la excepción propuesta de inexistencia de causal de nulidad e ineficacia de la relación jurídica de afiliación; y no profirió condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandante interpone recurso de apelación argumentando que se encuentra acreditado que las administradoras omitieron el deber de información pues no se allegó medio probatorio que permitiera establecer lo contrario; el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de la Justicia es claro que los fondos de pensiones deben suministrar una información clara, veraz y suficiente, a diferencia de lo dicho por la AFP Porvenir S.A. que era deber de la actora acudir a informarse; aquí lo que se trata

es de la nulidad del traslado de régimen, no del traslado entre fondos de pensiones, menos que ese traslado horizontal permita convalidar el cambio de régimen pensional por falta de información.

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. solicitó se confirme la sentencia de primer grado, toda vez, que para la época del traslado no se encontraba en cabeza del fondo de pensiones el deber del buen consejo o la doble asesoría. Agregó que la actora reafirmó su voluntad de pertenecer al RAIS con los traslados horizontales entre las administradoras de ese régimen.

A su vez, el extremo demandante reiteró los fundamentos esbozados en la apelación.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "la AFP COLPATRIA (...) no le brindó como era su obligación, toda la información requerida de manera clara, precisa y oportuna", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo

manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 13 de marzo de 2001. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que el asesor acudió a su lugar de trabajo; leyó el formulario de afiliación; se le indicó que tendría rendimientos financieros; como en la empresa se creó el fondo de pensiones Colpatria, se dijo que tenía un capital sólido y que respondería por la pensión; luego los traslados horizontales ocurrieron porque se le ofrecieron una mesada pensional mayor; directamente no ha realizado aportes voluntarias, sabe que el Banco hace un descuento y los deposita allá pero no sabe a qué corresponde; no se trasladó a Colpensiones debido a que confió en lo que se le dijo, ya que pensaba que su pensión estaría acorde a sus ingresos; dos años de presentar la demanda se acercó a Colfondos S.A. AFP que le ilustró que el monto de su pensión sería de \$1.100.000, antes de eso no se acercó ni a los fondos de pensiones ni a Colpensiones por información; recibió los extractos de vez en cuando.

*También se recibió el interrogatorio de los representantes legales de: **Colfondos S.A.**, en el que advirtió que no le consta la formación académica de la asesora de que realizó la afiliación; desconoce qué información se suministró, en dónde se hizo la afiliación, y cuánto tiempo duró la asesoría, ya que no es una obligación que debiera cumplir la administración; la demandante suministró la información con la que se llenó el formulario de vinculación; el fondo capacita a los asesores respecto del RAIS; el único soporte con el que se cuenta es con el formulario suscrito por la actora; no existe un documento en el que se evidencie que se realizó una proyección pensional; y **Porvenir S.A.** en el año 1994 la asesora era contadora, ya que fue la misma demandante la que realizó el traslado, fue quien firmó como asesora comercial de Colpatria S.A.; ella trabajando en Colpatria tenía conocimiento del funcionamiento; se realizaban capacitaciones a los asesores sobre el RAIS; la actora tenía el conocimiento del sistema; la actora no era asesora del fondo de pensiones.*

Por último se escuchó a la testigo María Alexandra Caicedo Guevara, se conocen desde 1990, trabajaron juntas en UPAC Colpatria hasta 2017; en 1994 el grupo Colpatria al crear el fondo de pensiones, los empleados fueron contactados para efectuar el traslado a la AFP a efectos que el fondo de pensiones creciera; ambas trabajaban para UPAC Colpatria; todos se trasladaron en las mismas condiciones, les llevaban los formularios para que cada uno lo llenara, a la actora se lo llevaron a contabilidad y a la testigo al área de cartera; para el momento de la afiliación trabajan en la corporación de ahorro y vivienda..

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia de la afiliada al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en septiembre de 1994. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

Igualmente, cabe indicar que pese a que se indica que la actora fue quien suscribió el formulario de afiliación en calidad de asesora comercial de la AFP, lo cierto, es que también confesó la representante legal del fondo de pensiones, que la activa no trabajaba para este. En gracia de discusión, aunque se afirma que la

señora Zambrano Guerrero fue capacitada respecto del RAIS, Porvenir S.A. no aportó documental alguna en la que soportara su dicho, y con la cual se corroborara que la demandante contaba con el conocimiento suficiente del sistema general de pensiones.

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al 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 del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 46 (archivo 01 CD fl. 150) del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre y voluntaria” 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.

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

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

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

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

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, ya que lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (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 a dicho régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

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.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Claudia Amparo Zambrano Guerrero con destino a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 1º de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año; ordenando a la AFP Colfondos S.A. último fondo al que está vinculada, el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones. Igualmente, se ordenará a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración; debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de*

ahorro individual con solidaridad efectuado por Claudia Amparo Zambrano Guerrero con destino a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 1° de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

Tercero.- Ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración.

Cuarto.- Declarar no probada la excepción de prescripción.

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

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GALDAMES
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA SÁENZ CARRIZOSA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio 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,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Patricia Sáenz Carrizosa, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y la Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A. en mayo de 1997. En consecuencia, a Colpensiones a registrar la afiliación sin solución de continuidad, y proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo pensional y los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las mesadas pensionales. De igual manera pide que se condene a las demandadas por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 59 y 60 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 25 de mayo de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años de edad; se afilió al otrora ISS el 12 de marzo de 1984, entidad a la que aportó hasta el 31 de marzo de 1997, cuando los asesores de la AFP Porvenir S.A. le manifestaron que al cambiar de fondo de pensiones accedería a la mesada pensional que deseara y a la edad que quisiera; al cumplir los 47 años de edad acudió al fondo a reclamar la prestación pero se le indicó que debía esperar hasta cumplir la edad exigida en la ley; nunca le informaron las implicaciones del traslado, como los beneficios de pensionarse en el RPMPD, ni la posibilidad de regresar a ese régimen o la posibilidad de ejercer su derecho de retracto, o los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; solicitó la nulidad de la vinculación al RAIS a las demandadas, también peticionó a Colpensiones el reconocimiento pensional, las súplicas se negaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 101 a 109); en cuanto a los hechos los acepta los relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación y cotizaciones realizadas al RPMPD y la reclamación administrativa y la respuesta negativa; frente a los demás indica que no le constan por ser ajenos a esa entidad. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración al*

derecho la pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 135 a 143, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos acepta los relacionados con la edad de la demandante, su traslado a ese fondo, la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta negativa, frente a los demás señaló que no son ciertos en la forma presentada. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl 217) través de la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandante interpuso recurso de apelación, en atención a que la testigo en la declaración manifestó que si bien se les informaron algunos elementos como la administración, no se les dijo nada acerca de los riesgos, por lo que solo entendió la situación cuando fue apensionarse, y allí se dio cuenta que las circunstancias pensionales no eran iguales a las del RPMPD; los asesores acudieron a su lugar de trabajo exponiendo siempre beneficios pero nada de riesgos, habló con propiedad de la situación porque presentó demanda ordinaria, y porque ella los explique no significa que los conozca.

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 solicitando se conforme la decisión de primera instancia, por cuanto en el plenario no se acreditaron los presupuestos legales para declarar una nulidad.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteado por la actora.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

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

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "Porvenir S.A. nunca informó previa a su afiliación las ventajas y desventajas de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad", son hechos indefinidos negativos que invierte la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez o conocimientos especializados, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. 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.

Se practicó interrogatorio a la demandante en el que en síntesis señaló que los asesores del fondo de pensiones acudieron a su lugar de trabajo en donde se realizó una charla grupal, pero no se hizo proyección pensional, expusieron únicamente ventajas; tampoco se mostraron cuadros comparativos ni se le indicaron los requisitos para acceder a la prestación pensional; le dijeron que en caso de muerte, los dineros eran heredables, no recuerda si hablaron de aportes voluntarios, ni la pensión de garantía mínima, sólo se habló de una mesada pensional superior a la de Colpensiones; en una ocasión acudió a Porvenir S.A. y la asesora le dijo que con lo ahorrado no tenía derecho ni siquiera a una pensión mínima, por ello acudió al proceso ordinario laboral; luego de la charla se fue a su lugar de trabajo y el asesor la llamó a la recepción allí le pidió el nombre de su cónyuge e hijos, él llenó el formulario y luego ella procedió a firmarlo, pero en ese momento no le dio información adicional.

Igualmente se recibió el interrogatorio al representante legal de la AFP quien indicó que los asesores llevan consigo formularios de afiliación, pero desconoce si llevaban algún material para suministrar información, pero que tampoco le consta la información que se le suministró a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad a la misma, pero que sabe que al momento de la

afiliación se explica la edad para acceder a la pensión, ya que a los asesores se les capacita durante dos meses acerca de las diferencias de los regímenes pensionales.

*También se recibieron los testimonios de las señoras **Luz Ángela Ramírez Mejía**, quien manifestó que acudió a una reunión que dieron los fondos privados, pero no sabe si la actora, acudió a aquella; y **Sonia Vicky Possin de Moreno**, quien manifestó que acudió a la reunión realizada por la AFP Porvenir S.A., pero que para esa época estaba vinculada a Protección S.A.; a la asesoría de la AFP acudió la demandante, que ella (la testigo) en su entender asumió que los aportes voluntarios eran un ahorro que podían retirar en cualquier tiempo; además de ello les dijeron que el bono pensional comprendía todo el dinero cotizado; que con la afiliación al fondo de pensiones los intereses serían mayores al de los bancos; no les hablaron de los requisitos para acceder a la pensión, ni de las pérdidas que podían ocasionarse, tan sólo les manifestaron que podían pensionarse de manera decreciente o creciente según sus necesidades; por último advirtió que ella nunca ha estado afiliada a Porvenir S.A.*

*En este punto, cabe señalar que no es de recibo para la Sala la consideración de la falladora del primer grado al determinar que a partir de la prueba testimonial recaudada es posible establecer que el fondo de pensiones suministró información completa a la activa acerca de las ventajas y **desventajas** ocasionadas con el cambio de régimen pensional, pues nótese que del dicho de la deponente, sólo puede extraerse de manera somera alguna información correspondiente al RAIS, sin embargo, también se denota la falta de ilustración de las desventajas que pueden presentarse en el mencionado régimen pensional.*

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al tiempo de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, por el contrario, la única prueba de ello es el formulario de afiliación, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no

constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la promotora de la solicitud de vinculación visible a folio 145 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizó en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la

promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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

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

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de

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.

nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Patricia Sáenz Carrizosa con destino a la AFP Porvenir S.A., el 18 de marzo de 1997 con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año; ordenando a la AFP Porvenir S.A. último fondo que está vinculada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración, y a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, solicitó la parte demandante el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 797 de 2003, disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 o más semanas cotizadas. Al respecto, la Sala advierte que, la actora cumplió los 57 años de edad el 25 de mayo de 2020, conforme se establece con su fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 9); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas cotizadas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Porvenir S.A. lo que de contera permite la liquidación de la mesada pensional. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Patricia Sáenz Carrizosa con destino a la AFP Porvenir S.A., el 18 de marzo de 1997 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

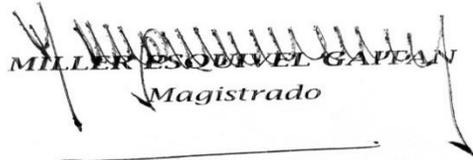
Segundo.- *Ordenar a la AFP Porvenir S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá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

Tercero.- *Ordenar a Colpensiones que, una vez se haga el traslado de los dineros por parte de la AFP accionada, realice los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional a la actora*

Cuarto.- *Declarar no probada la excepción de prescripción. Igual suerte procesal corren las demás excepciones por lo dicho al estudiar la condena.*

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

Notifíquese y cúmplase.


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 MONICA GUTIÉRREZ RUBIO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a la Dra. Leidy Alejandra Cortés Garzón quien se identifica con la C.C. No 1.073.245.886 y T. P. No. 313.452 del CSJ como apoderada judicial la AFP Protección S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

A continuación, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Noveno 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

Mocina Gutiérrez Rubio, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y la AFP Protección S.A, para que se declare: la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. a causa de la falta de información veraz, completa y comprensible. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes, junto con los rendimientos, frutos, gastos, cuotas de administración y seguros, y a esta última a activar la afiliación en el RPMPD además de aceptar los aportes, De igual manera pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 20 a 22, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de diciembre de 1966, en 1997, cuando percibía 6.6 veces el salario mínimo, se trasladó del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Protección, administradora a la que continúa vinculada; al momento de la afiliación no fue asesorada en debida forma, ya que sólo se le manifestaron las ventajas del nuevo régimen, como acceder a una mesada pensional alta y a la edad que deseara, pero no las características de ambos; no se le ilustró cómo se encuentra diseñado el RAIS ni la incidencia del saldo en la cuenta de ahorro individual para obtener la prestación pensional, tampoco se enseñó la manera de liquidar la pensión; a falta de la información veraz, renunció a acceder a una pensión digna e hizo los aportes requeridos por la AFP; en el año 2019 solicitó una proyección pensional a Protección S.A.; el fondo de pensiones incumplió el deber de información; agotó vía gubernativa ante Colpensiones el 10 de octubre de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones (fls. 62 a 72), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al RPMPD y la reclamación presentada, de los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro

de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica.

A su vez, Protección S.A. en forma legal y oportuna contestó (fls. 90 a 121), frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa AFP, y el salario que aquella recibía para la fecha del traslado, sobre los restantes dijo no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación para devolver el seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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 (CD fl. 258), en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional con destino a la AFP Protección S.A. Condenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones el capital depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y convalidarlos en la historia laboral; Declaró no probadas las excepciones formuladas; y condenó en costas a Protección S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo las demandadas interponen recurso de apelación: Colpensiones considera que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con las múltiples cotizaciones que efectuó al fondo privado

y pese a que a su cargo se encontraba la carga de demostrar que no recibió la información necesaria, no lo hizo. Aunado a lo anterior, sostiene que la activa no beneficiaria del régimen de transición por lo que no puede retornar, máxime cuando se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.

Protección S.A. ataca el ordinal segundo de la sentencia debido a que el descuento del 3% realizado corresponde a los gastos de administración y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo que durante la afiliación la administradora cumplió con el deber que le asiste; obligación que se presenta en ambos regímenes; finalmente aduce que Colpensiones se enriquece sin justa causa al recibir tanto rendimientos como gastos de administración, ya que los primeros ni siquiera contribuyen a financiar la prestación en el RPMPD, por lo que si recibe los rendimientos no es procedente la devolución de los gastos de administración.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se ratificó en los fundamentos de la apelación.

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

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por Colpensiones, referente a la restricción del derecho al traslado del 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 el demandante cuenta con 54 años de edad, dado

que su fecha de nacimiento fue el 12 de diciembre de 1966, lo cual fue aceptado por las demandadas y como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 3); 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 Protección S.A. el 2 de septiembre de 1997 con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año (fl 139), 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 Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP protección S.A. 2 de septiembre de 1997 con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año (fl 139), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la AFP protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación

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.

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

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

R E S U E L V E

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 LIGIA ISABEL GUTIERREZ WILCHES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Ligia Isabel Gutiérrez Wilches, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Colfondos S.A.

Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS dada la omisión de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas percibidas por aportes, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexadas, y a esta última a reconocer y pagar la pensión de vejez. De igual manera, se condene a Colfondos a pagar cualquier diferencia económica que surja para financiar la prestación. Por último, pidió se condene 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 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 13 de septiembre de 1960; se vinculó al RPMPD el 8 de mayo de 1995; se trasladó al RAIS el 25 de noviembre de 1996; dicha afiliación se basó en afirmaciones acerca de que se podía definir la fecha de pensión sin necesitar semanas acumuladas ni edad, que en caso de fallecimiento los hijos mayores de 25 años no eran herederos en el ISS y que las finanzas de esa administradora eran débiles; por otro lado, la información suministrada por dicha AFP, carece del deber de información frente a los aportes voluntarios, los requisitos y la edad en la que a futuro podría pensionarse, la conformación del capital, cálculo actuarial entre los dos regímenes; tampoco se le ofreció una proyección frente a lo que debía ahorrar para obtener un capital suficiente; presentó derechos de petición a Colfondos S.A., en uno de ellos solicita la nulidad del contrato de afiliación y el traslado inmediato a Colpensiones, solicitud que se revolió de manera desfavorable, por lo cual, el 21 de agosto de 2019, pide una proyección acerca de cuál debe ser el capital en su cuenta pensional para obtener una mesada equitativa a su ingreso base de cotización, a la que la AFP le indica que la mesada pensional sería de \$859.366 y, segundo, que para obtener una prestación en cuantía de \$4.300.000 debía ahorrar en su cuenta un valor de \$1'085.588.619.00; solicitó a Colpensiones el traslado, entidad que negó lo pedido; finalmente, aduce que el fondo de pensiones tiene la carga de demostrar que le suministró información veraz y oportuna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 69 a 74); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento

de la actora; la fecha de afiliación al RPMPD; la reclamación y su repuesta; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

A su turno, Colfondos S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo (Cd. fl. 89), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: el traslado del RPMPD al RAIS el 25 de noviembre de 1996 y la información suministrada por la AFP acerca de las características del RAIS como lo son, pensionarse sin necesitar de semanas acumuladas ni edad, y, segundo, que el otrora ISS no responde a los herederos en caso de fallecimiento del afiliado, si estos tienen más de 25 años; 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, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica,

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 92) en la que declara la ineficacia de la afiliación y de cotización de la demandante con Colfondos S.A. 25 de noviembre de 1996; en consecuencia, condenó al fondo de pensiones. a la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora con destino a Colpensiones, así como la devolución de los gastos de administración con cargo de las propias utilidades de la AFP; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la activa y a recibir las sumas objeto de condena; absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda; declaró no probadas las excepciones formuladas y no profirió condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Colfondos S.A., manifiesta su inconformidad respecto a la condena de la devolución de gastos de administración y comisiones argumentando que, primero, sería una causal de enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones y la demandante al desconocerse el trabajo que ha desarrollada la AFP al administrarle la cuenta de ahorro individual de la actora, por lo cual, el peculio de dicha entidad se vería empobrecido y se le estaría causando un perjuicio irremediable a su patrimonio, finalmente, como segundo argumento, alude que dichos gastos son un mandato legal en virtud del artículo 20 de la ley 100 de 1993 no sólo para el RAIS sino también para el RPM.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada a través de la AFP Colfondos S.A., aspecto no mereció reparo alguno por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, mostrándose conforme al respecto; por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, así como lo relativo a la devolución de los gastos de administración censurados por Colfondos S.A.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación

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.

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

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos,

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

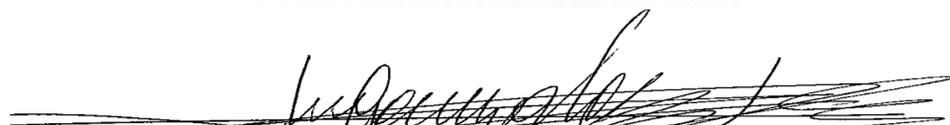
R E S U E L V E

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

Segundo.- Costas de la instancia a cargo AFP recurrente, Colfondos S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA