*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 ALFREDO RAFAEL KALED CHAGIN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

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

*A U T O*

*Se reconoce personería al abogado Iván Darío Blanco Rojas, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 80.221.256 y tarjeta profesional No. 205.113 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial sustituto de Colpensiones, 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 4 de diciembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres 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*

*Alfredo Rafael Kaled Chagin, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la vinculación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Colfondos S.A. ante la falta en el deber de información, así como su posterior traslado entre fondos a la AFP Porvenir S.A. En con secuencia se condene a la AFP Colfondos a aceptar la nulidad de la vinculación al RAIS; a la AFP Porvenir S.A. ordenar el retorno al RPMPD, enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, así como reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales; a Colpensiones a aceptar su retorno el RPMPD sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado de régimen, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y demás dineros trasladados. 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 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis indica que: ha prestado servicios como empleado de la Fiscalía General de la Nación, la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, Bogotá Distrito Capital y otros, y estuvo vinculado al RPMPD hasta el 23 de septiembre de 1994, fecha en que suscribió vinculación al RAIS con la AFP Colfondos S.A. entidad que contrato un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y afiliación a esa entidad, los que no tenían un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social. Indica que ellos lo indujeron de manera equivocada a vincularse al RAIS ya que le indicaron que no perdería los beneficios pensionales del RPMPD, pero nunca le indicaron los eventuales riesgos que implicaba su traslado, nunca le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva, mucho menos consistente, veraz y verificable de las promesas con las cuales fue inducido a trasladarse; no le realizaron una eventual simulación o comparación de la pensión que pudiera obtener en cada régimen; el ISS no realizó ninguna gestión tendiente a desvirtuar los argumentos de la AFP cuando decía que esa entidad se iba a acabar, ni dio información a las personas que se trasladaban al RAIS; que nunca presento comunicación escrita en la que constara la selección del RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones; que posteriormente se trasladó a*

*la AFP Porvenir donde actualmente está vinculado. Agrega que la permanencia en ese régimen lesiona su situación pensional y consecuentemente su calidad de vida, la dignidad humana y su mínimo vital ya que su mesada ni siquiera alcanza el 60% de lo que podía obtener en el RPMPD y que el 19 y 27 de abril de 2018, respectivamente solicito a las entidades demandadas la anulación de fu afiliación al RAIS y su traslado al RPMPD, así como si retorno a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa de cada una de ellas.*

*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. 62 a 76 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta que el demandante actualmente se encuentra vinculado a la AFP Porvenir S.A. 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: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

*A su turno, la* ***AFP Porvenir S.A.,*** *en el plazo y en legal forma descorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 91 a 100, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos acepta únicamente lo relacionados con su traslado a ese fondo precisando que se realizó el 22 de julio de 1997 con efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año, y los relacionados con la reclamación de nulidad y retorno al RPMPD y su s 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, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.*

*Por su parte, la* ***AFP Colfondos S.A.*** *en plazo legal descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todos los pedimentos planteados (fls. 145 a 154 del expediente); en cuanto a los hechos admitió la vinculación a esa AFP, así como su posterior traslado a Porvenir S.A. donde actualmente está vinculado, la reclamación presentada y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó valides*

*de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción 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 y acta fls 179 a 182), en la que declaró la ineficacia de la afiliación del señor Alfredo Rafael Kaled Chagin al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A. realizada el 23 de septiembre de 1994; y se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del RPMPD Colpensiones: ordenó a la AFP Porvenir S.A. último fondo al que se encuentra afiliado, realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de aseguradora, junto con los respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones o gastos de administración generados durante la afiliación; a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., pagar de ser del caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD, asumidas de su propio patrimonio, incluyendo los gasto de administración y comisiones durante el periodo que estuvo afiliado a cada una de esas entidades, conminando a Colpensiones para realice las gestiones necesarias para obtener el pago de las sumas a que haya lugar: ordeno a Colpensiones recibir el traslado de las sumas descritas y reactivar su afiliación, declaró no probadas las excepciones propuestas, conmino a Colpensiones y a la Agencia Jurídica de Defensa del Estado a establecer los mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los proceso de ineficacia de traslado del RPMPD al RAIS y condenó en costas a las AFP demandadas.*

*RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interpusieron recursos de apelación así: La AFP Colfondos S.A. cetra su inconformidad únicamente frente a la condena dispuesta en el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia , en cuanto ordena a las dos AFP demandadas a pagar de ser del caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su*

*equivalencia en el RPMPD, asumidas de su propio patrimonio, incluyendo los gasto de administración y comisiones durante el periodo que estuvo afiliado a cada una de esas entidades, conminando a Colpensiones para realice las gestiones necesarias para obtener el pago de las sumas a que haya lugar: indicando que en cuanto a las diferencias ordenadas no fueron pedidas por la parte demandante y el fallador de instancia no puede ordenar más allá de lo pedido porque no fue objeto de debate y en relación con la devolución de los gastos de administración, se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, y se generaron altos rendimientos financieros; además, las primas de seguro previsional se destinaron a cubrir las posibles contingencias por invalidez o muerte. Agregó que en el presente proceso no se debatió y menos aún se probó algún daño o perjuicio causado a la accionante, que diera lugar a la devolución de dichas sumas, aunado que cunado el actor se trasladó al otro fondo remitió a ese los aporte, junto con los rendimientos financieros existentes en su cuenta de ahorro individual.*

*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 15 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. Así nuestra 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, 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, aunado que no se trata de un afiliado lego, ya que desde el momento del traslado tenía la profesión de abogado y sin importar la especialidad por la cual se hubiese inclinado debía conocer las consecuencias que ello implicaba; y que, de confirmar la decisión de primer grado, se generaría una descapitalización en el sistema. Añadió que no es posible aplicar la jurisprudencia sobre carga dinámica de la prueba, ya que no se estableció la existencia de un perjuicio a la demandante.*

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

*De igual manera lo hizo Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

*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 dela H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.*

## *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas 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 una inconformidad planteada por Colpensiones en la alzada, que no es otra que la referente a la restricción del derecho al traslado del demandante, al insistir 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, al ser un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 60 años de edad, dado que su fecha de nacimiento*

*fue el 2 de septiembre de 1960, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 35 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 Colfondos S.A. el 23 de septiembre de 1994 con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 103), 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 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 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, 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 "nunca le indicaron los eventuales riesgos que implicaba su traslado, tampoco le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva, mucho menos consistente, veraz y verificable de las promesas con las cuales fue inducido a trasladarse; no le realizaron una eventual simulación o comparación de la pensión que pudiera obtener en cada régimen", 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 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 Colfondos S.A. al demandante al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 23 de septiembre de 1994, con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 103). 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*

*Bien, el promotor de la litis al absolver interrogatorio de parte aseguró que no recibió información sobre su traslado de régimen; que estando laborando en la Fiscalía General de la Nación, lo visitaron asesores o promotores comerciales de la AFP Colfondos S. A. indicándoles que esta entidad era la mejor y suscribió el formulario de afiliación sin tener claridad de lo que se le puso de presente, ya que 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 y la suscripción de la afiliación la realizó de buena fe en consideración que era lo mejor debido a la publicidad realizada por los fondos; no obstante, no tuvo ninguna asesoría por parte de algún asesor de la AFP en ningún sentido diferente a lo indicado y si bien posteriormente le llegaban reporte, no los entendía y por ello nunca hizo reclamación a la entidad en algún momento. Seguidamente indica que su traslado a la AFP Porvenir S.A., se dio con ocasión de su vinculación al Fondo Nacional del Ahorro, donde le indicaron que podía trasladarse a ella porque sus oficinas quedaban relativamente cerca y sus trámites los podía hacer con mayor facilidad, pero no acudió a la oficina, ni fue atendido por un asesor, sino que en la oficina de talento humano al*

*realizar los trámites correspondientes, le preguntaron en qué fondo estaba y allí le indicaron que era mejor suscribir el formulario con ese fondo ya que por comodidad podían realizar los trámites necesarios al quedar muy cerca pero no tuvo la asesoría de alguien del fondo y suscribió igualmente el formulario de afiliación en consideración a que éste también era muy sólido económicamente ya que pertenecía al grupo aval pero nunca tuvo conocimiento de que manera podía obtener su pensión y que si en alguna ocasión realizó un aporte voluntario, fue porque alguien externo al fondo le indicó que eso de ayudaría tributariamente, para que le descontaran menos de sus ingresos, no por conocimiento de que fuera para mejorar su pensión y por eso lo retiro ante las pérdidas que tuvo. Finalmente indica que en alguna oportunidad trato de retornar al Seguro Social pero le indicaron que era imposible debido a que le falta menos de 10 años para pensionarse.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, 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 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. Situación que igualmente ocurrió cuando se realizó el traslado entre fondos a la AFP Porvenir S.A. lo que se dio con ocasión de su vinculación al FNA donde le indicaron que por comodidad en los trámites debía afiliarse a éste, 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 165 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento*

*permita desvirtuar tal conclusión, dado que 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 Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 165 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 excusa 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 Porvenir S.A. con el supuesto que era lo único necesario para éste se produjera, aunado que si bien, alega*

*que en el momento en que se realizó el traslado entre esa entidad le brindó una asesoría pensional al actor y éste ya conocía de lo que se trataba el régimen privado, lo cierto es que para dicha data ya se encontraba configurada la nulidad deprecada, lo cual aconteció al momento mismo del traslado de régimen, dada la imprevisión en el deber de información por parte de la Colfondos S.A.; y el hecho de haberse trasladado a Porvenir S.A. no ratifica en manera alguna que se le hubiese dado la información requerida.*

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

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

---

[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.*

*régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original, por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP en las que estuvo vinculado por concepto de gastos de administración, 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 el afiliado, por lo que no es de recibo la manifestación de las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, con 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, lo contrario sería darle 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 Porvenir S.A., última administradora a la que se encuentra afiliado, 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 ordenar 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 es atendible lo esbozado por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.*

*Finalmente frente a la orden dada por el fallador de instancia en el ordinal cuarto de la parte resolutiva de sentencia apelada, consistente las AFP demandadas de pagar, de ser del caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD, de su propio patrimonio, le asiste razón a la recurrente toda vez que este aspecto no fue pedida y mucho menos debatido en el proceso para fallar extra petita (art. 50 del CPT y SS), aunado a que no se encuentra demostrados perjuicios frente a esta circunstancia y se trata de una orden ambigua en la medida que se ordena "de ser el caso" que se presente, cuando correspondía precisarse de manera clara su causación, por lo que sin más miramientos se debe revocar la decisión apelada, pero solo en este aspecto.*

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

*EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

*En 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 parcialmente el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar absolver únicamente en cuanto ordenó a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., pagar de ser del caso*

*las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD.*

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

***Tercero.-*** *Sin costas en esta instancia dado el resultado de los recursos.*

*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 SANDRA PATRICIA RUSSI GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

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

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Veinte 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*

*Sandra Patricia Russi González, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., dada la omisión de ésta en su deber de información. En consecuencia, se ordene a la citada AFP demandada su traslado a Colpensiones junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en*

*dicha entidad durante el tiempo que estuvo vinculada y la cotización a pensión o subsidiariamente a esta se condene solidariamente a pagar la pensión de vejez igual o equivalente a la que hubiese recibido en Colpensiones; y a esta a activarla en el sistema como afiliada. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 a 5 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que: nació el 27 de enero de 1963 y cuenta con más de 55 años; se afilio y realizo cotizaciones en el RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones 687 semanas y durante su vida laboral acumula 1.569; se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. en 1996, momento en el cual la asesoría brindada se basó en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez y que el ISS iba a desaparecer y que los periodos allí cotizados se podían perder, sin hacer un estudio previo de su situación pensional, con posturas inexactas y por fuera de lo que debía hacer al momento del traslado, es decir, no lo asesoraron ni le informaron de manera trasparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada. Suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales, no se le asesoró sobre la posibilidad de retornar al RPMPD aunque les faltare menos de diez años para pensionarse con ocasión de la expedición de la ley 797 de 2003 y el decreto 3800 del mismo año, también se omitió asesorarla sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario o cualquier circunstancia para evitar detrimento de cara a su mesada pensional.. Agrega que el 12 de agosto de 2018 solicito información a la AFP con el fin de obtener asesoría sobre su situación pensional en los dos regímenes, lo cual le fue negado y sobre el cálculo de su mesada pensional se observa un detrimento pronunciado debido a que la meadas pensional que puede obtener allí no es siquiera la mitad de su ingreso base de liquidación que es de $5.000.000, por lo que las promesas de obtener una mayor pensión no se cumplieron; y que presentó solicitud de la nulidad de la afiliación al RAIS y su retorno al RPMPD obteniendo respuesta negativa.*

*CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por* ***Colpensiones*** *en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones*

*formuladas (fls. 36 a 45 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento de la promotora, su afiliación al RPMPD y traslado al RAIS 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: inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

*A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma descorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 84 a 106 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos los niega en su totalidad, mencionados que algunos no son ciertos en la forma redactada y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.*

*FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (grabación de audiencia anexo al expediente digitalizado ), en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de RPMPD al RAIS, efectuado por la señora Sandra Patricia Russi González a través dela AFP Porvenir S.A., en el año 1996; como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte Colpensiones. Ordenó a dicha AFP, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados, con destino Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a las demandadas.*

*RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconformes con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, manifestando que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado como negocio jurídico teniendo en cuenta que no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del*

*consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la 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; 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 ya que no se existían más registros, de igual manera de ter en cuenta la ineficacia no se podían trasladar los rendimientos financieros, debido a que el RPMPD no se causan; por lo que pide se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones formuladas.*

*Por su parte Colpensiones indica que no participó en el traslado que el demandante realizó al RAIS; así mismo, el régimen pensional se encuentra contenido en la Ley 100/93 por lo que la demandante pudo acceder a dicha información en cualquier momento, que el demandante no demostró ningún vicio del consentimiento por lo que no tendría por qué proceder de la declaratoria de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, aunado que la actora ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen y al ordenarse su traslado afecta la estabilidad financiera del sistema, por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas la pretensiones que afecta a esa entidad.*

*ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el decreto legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes presentó alegatos en esta instancia.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas 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, 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 lo asesoraron ni le informaron de manera trasparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada. Suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales", 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 al momento del traslado*

*del régimen pensional con efectividad desde el 1° de octubre de 1996 ( (fl 21 y 22 del expediente digitalizado). 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.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que no hubo un acercamiento con los asesores, debido a que cuando trabajaba para una multinacional los reunieron y les manifestaron que el ISS se iba a acabar y sus cotizaciones allí realizadas se podían perder y en razón de ello se presentaban asesores de varios fondos privados al estilo feria para ellos escogieran a cual fondo afiliarse de acuerdo con la presentación que ellos realizaban y escogió la AFP porvenir porque el asesor lo hizo buena presentación y porque su jefe le hizo, realizándose una afiliación masiva, se les indicó que su mesada pensional era mucho mejor o al menos igual al salario que percibían, pero no se le hizo ninguna proyección o comparativo que si lo demostrara y que si bien suscribió el formulario de afiliación sin que se hubiese ejercido presión o amenazas, lo hizo por respaldo de su empleador que fue quien programo la reunión e hizo presentación de los fondos privados y dadas las ofertas hechas por ellos de que iba a tener mejores condiciones que el 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 Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*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 21 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, vista 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 21 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 defensa 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, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

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

---

[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 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, 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 manifestación de la AFP Porvenir S.A. en su apelación y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

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

*R E S U E L V E*

***Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.*
***Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de $600.000.oo por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

*MILLER ESQUIVEL GAITAN*
*Magistrado*

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**
**Magistrado**

*JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA*
*Magistrado*