

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA PATRICIA POLANIA BERMÚDEZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN
S.A.*

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

*Se procede la corrección de la sentencia de segunda instancia proferida dentro
del proceso de la referencia el pasado 29 de octubre de 2021.*

AUTO

*Al respecto, advierte la Sala que por un error involuntario se registró en la
sentencia como nombre de la demandante el de “ADRIANA ELVIRA LEMOS
PÉREZ” cuando el correcto corresponde “**MARTHA PATRICIA POLANIA
BERMÚDEZ**”, de ahí que atendiendo lo previsto en el artículo 286 del CGP, se
procede a la corrección de la falencia anotada, habida cuenta que tal
imprecisión obedeció a un error eminentemente de digitación al no haberse
consignado el nombre correcto de la demandante.*

*Ahora, como quiera que la publicación del edicto de la providencia corregida,
consignó el nombre de la actora de manera igualmente errónea se ordena que
por secretaría se realice nuevamente la publicación señalando el nombre de la
señora Polonia Bermúdez, integrando, éste proveído a la sentencia.*

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral,

RESUELVE

Primero: Tener para todos efectos que el nombre de la demandante es **MARTHA PATRICIA POLANIA BERMÚDEZ**.

Segundo: Ordenar que por Secretaría se efectúe nuevamente la publicación del edicto, incorporando en aquella publicación el nombre correcto de la demandante y la presente providencia.

Tercero: Cumplido lo anterior, por Secretaría, continúese con el trámite correspondiente.

Notifíquese en legal forma a las partes.


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 ADRIANA ELVIRA LEMOS PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., 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 octubre 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,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

De igual manera, se reconoce 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.

Notifíquese.

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Adriana Elvira Lemos Pérez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones-, Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare nulidad de la afiliación al RAIS por medio de la AFP Porvenir en 1997 y las vinculaciones subsiguientes a los distintos fondos de pensiones, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., Protección S.A., y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás emolumentos recibidos, y a ésta última a recibirlos. De igual manera, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 7 a 10 (archivo 001. C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de febrero de 1965; cotizó al otrora ISS desde 1990 encontrándose activa dicha afiliación hasta el año 2008; de manera paralela, a mediados de 1997, fue abordada por los empleados de la AFP Porvenir S.A. a efectos de que se vinculara a ese fondo privado, puesto que le resultaba más rentable y seguro que permanecer en el ISS que sería liquidado; asfi mismo, se le dijo que podía pensionarse antes de los 55 años de edad, pero no se le habló de los perjuicios del cambio de régimen, ni se elaboró un estudio comparativo de ventajas y desventajas de ambos sistemas pensionales; tampoco se le suministró una proyección de la eventual prestación a la que accedería en ambos regímenes; hacia el año 2019 se percata de que no es posible pensionarse de manera anticipada ni con una mesada alta, por lo que decide

retornar a Colpensiones, empero, no fue posible dado que se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad pensional; ni en el formulario inicial ni en los de los traslados horizontales contienen la información necesaria que le permitiera tomar la decisión conociendo las implicaciones de ella; luego del traslado de régimen estuvo afiliada a Protección S.A. y Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folio 247 (C.D. fl. 2 archivo 001), se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a ese Fondo, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del C.P. T. y S.S., por lo que pide que no se le imponga condena en costas o agencias en derecho.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas fls. 248 a 266 (C.D. fl. 2 archivo 001); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al ISS antes de trasladarse al RAIS. Sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo en el que se opuso a las pretensiones incoadas fls. 305 a 324 (C.D. fl. 2 archivo 001); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante y su afiliación a Protección S.A; en cuanto a los demás manifestó que no le constan y no son ciertos. De fondo propuso las excepciones enlistadas como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 351 a 374); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la activa y la afiliación a Porvenir S.A. el 22 de febrero de 1996, a los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Como excepciones perentorias propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación

En auto del 2 de marzo de 2021 (fls. 479 a 478) se tuvo por no contestada la demanda a Colfondos S.A., por o reunir los requisitos del artículo 31 del CPTSS.

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. 2 carpeta 005) en la que declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción; de igual manera declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de Porvenir S.A. y las posteriores vinculaciones a Protección S.A. y Colfondos S.A., por lo que la señora Polanía Bermúdez está válidamente afiliada a Colpensiones; en consecuencia, las AFP deben trasladar a la administradora del RPMPD todos los valores recibidos como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, incluyendo los dineros que descontaron por gastos de administración, asumiendo este último emolumento con su propio patrimonio; condenó a Colpensiones a recibir las sumas objeto de condena; impuso costas a cargo de cada una de las demandadas en suma de \$900.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. adujo que no es procedente la devolución de los gastos de administración debido a que se causaron por la buena administración, además, se ocasiona un enriquecimiento sin causa a favor

de Colpensiones, entidad que recibiría sumas de dinero que no están destinadas a financiar la prestación de la demandante, por lo que deben tenerse en cuenta las restituciones mutuas entre las partes, debido a que se causaron unos rendimientos y frutos; en cuanto a los gastos de seguro previsional, los dineros se giraron a la aseguradora que es un tercero de buena fe, aunado a que sobre esos dineros procedió el fenómeno prescriptivo.

A su turno, Porvenir S.A. aduce que no puede aplicarse el precedente de manera homogénea ya que la demandante ratificó su voluntad de traslado al RAIS con las afiliaciones horizontales que con posterioridad al cambio de régimen efectuó; el deber de buen consejo existe desde el año 2014, por tanto no puede exigirse para la data en que se trasladó la activa, pues para esa época se afilió de manera libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, aprobado por la Superintendencia Financiera; discrepara de la orden de devolver los gastos de administración ,pues si se declara la ineficacia y se ordena su devolución, lo lógico es que no se entreguen rendimientos financieros, puesto que estos tampoco se hubieren causado.

Colpensiones considera que la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS con las cotizaciones que efectuó a ese régimen durante más de 20 años, además de los traslados horizontales en ese régimen; se omitió que la activa se encuentra inmersa en la prodimión de la ley 797 de 2003; el ordenamiento jurídico no tenía obligaciones de información al momento en que se suscribió el traslado de régimen, lo único exigido era la rúbrica del formulario de afiliación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que se cumplió a cabalidad la obligación de información de acuerdo a las normas vigentes al momento del traslado; aunado a que la devolución de gastos de administración tiene una destinación específica por mandato legal, siendo invertidas esas sumas de la forma establecida en la ley.

A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, en razón a que la activa no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; la declaración injustificada de nulidad pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último, la parte actora pide se mantenga la decisión recurrida, ya que de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales es la AFP la encargada de probar la información que proporcionó a la señora Lemos Pérez.

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 Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, 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 RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía fl. 15 (C.D. fl. 2 archivo 001); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 22 de febrero de 1996 efectivo a partir de la misma fecha a la Porvenir S.A. fl. 409 (C.D. fl. 2 archivo 001) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "PORVENIR tampoco le hizo un estudio comparativo pormenorizado (...) mostrándole las ventajas y desventajas de pasarse al régimen 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 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, 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 febrero de 1996, efectivo desde la misma fecha fl. 409 (C.D. fl. 2 archivo 001). 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.

*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 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. Ahora, pese a que la actora no recuerda con precisión las circunstancias que rodearon el cambio de régimen pensional, lo cierto es que el fondo de pensiones contó con la oportunidad procesal de controvertir el dicho de la activa a través de las pruebas allegadas y practicadas.*

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en febrero de 1996.

*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 el folio 375 (C.D. fl. 2 archivo 001) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de 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 los anexos incorporados en el folio 375 (C.D. fl. 2 archivo 001) 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 promotora 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, 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; lo que 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 son de recibo los argumentos de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su

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.

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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., Porvenir S.A. y 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; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003).

No puede considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

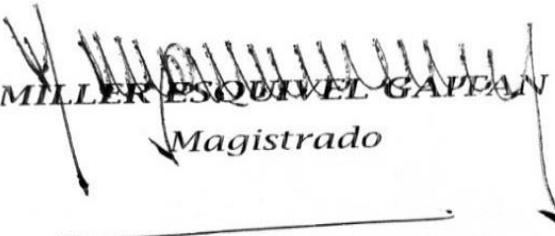
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de Porvenir S.A., Colpensiones y Protección S.A. 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.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado