

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 JAIME ALBERTO ESPINOSA CUELLAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

**DEMANDA**

*Jaime Alberto Espinosa Cuellar, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Skandia y Porvenir SA, para que se declare la nulidad del traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados junto con los rendimientos generados. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 4 de marzo de 1959; se afilió al ISS el 15 de septiembre de 1993; se trasladó a Porvenir SA el 1° de noviembre de 1997; el 4 de octubre de 2005 realizó traslado horizontal a la AFP Old Mutual, hoy Skandia SA; los asesores de las AFP accionadas no le informaron cuales eran las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ni le indicaron las consecuencias de su traslado; solicitó a Skandia SA proyección pensional, la que arrojó que tendría derecho a una garantía de pensión mínima; el 30 de agosto de 2019 petitionó a Skandia SA la anulación de su afiliación, sin embargo, esta AFP no accedió a su solicitud; el 21 de noviembre de 2019 reclamó ante Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.*

*Porvenir SA contestó en oportunidad oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 17 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

*A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 14 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor a esta AFP, la proyección pensional solicitada, el derecho de petición radicado y la respuesta negativa emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación del debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, y la genérica.*

*Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente firmado y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y válidos, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (carpeta 2 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, el 11 de septiembre de 1997, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró válida la afiliación del demandante al RPMPD. Condenó a Skandia SA a devolver a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos causados, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, debidamente indexados, así como las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión*

*mínima. Condenó también a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los gastos de administración y las comisiones recibidas durante el tiempo de afiliación del demandante, debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a la llamada en garantía. Condenó en costas únicamente a Skandia SA y en favor de la llamada en garantía.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que la AFP cumplió con el deber de información en los términos exigidos para la época del traslado, tal como se acredita con el formulario de afiliación. Dijo que la ignorancia de la ley no es excusa, y que las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales están consagradas en la Ley 100 de 1993. Aseguró que no se demostró vicio en el consentimiento ni asalto a la buena fe en el momento del traslado; que el actor incumplió sus obligaciones como consumidor financiero al no informarse sobre su situación pensional; y que la única inconformidad del accionante es sobre el monto de su mesada en el RAIS. Por último, manifestó que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

*Porvenir SA aseguró que no se probaron los supuestos para declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado, por lo que el mismo goza de plena validez. Agregó que al demandante le asistía el deber legal de informarse sobre su situación pensional y que Porvenir SA siempre ha cumplido con el deber de información, lo que conlleva que el formulario de afiliación se firmó de manera libre, espontánea e informada. Indicó que al accionante siempre se le garantizó el derecho de retracto, sin que ejerciera esta facultad, actuando en forma negligente. Añadió que el demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al realizar los aportes al fondo privado. Dijo que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que estos valores no están destinados a financiar la pensión y las primas ya fueron giradas a la aseguradora, quien brindó la correspondiente cobertura. Afirmó que la devolución de los rendimientos y la indexación de las sumas corresponden a una doble condena por el mismo concepto.*

*Skandia SA manifestó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, toda vez que fueron descontados por disposición legal, aunado a que dichas sumas no hacen parte integrante de la pensión, por lo que están afectadas por el fenómeno de la prescripción. Indicó que es la llamada en garantía quien debe responder por las primas de seguro previsional. Dijo que la devolución de los rendimientos y la indexación de las sumas corresponden a una doble condena por el mismo concepto.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia indicando que el demandante no probó la existencia de vicios en el consentimiento.*

*Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.*

*La parte actora también presentó alegatos solicitando que se confirme la sentencia 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 al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### *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 unas manifestaciones del tipo “los asesores de las AFP accionadas no le informaron cuales eran las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ni le indicaron las consecuencias de su traslado”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros*

*y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 11 de septiembre de 1997. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1997 llegó hasta su oficina un encargado de Porvenir SA quien le dijo que debía pasarse al fondo privado dado que el ISS era una entidad en la cual “se perdía la plata, se perdían las semanas”; posterior a esto, recibió llamadas aproximadamente durante un mes por parte de Porvenir para que se trasladara de régimen pensional, sin embargo, ningún asesor le informó sobre características de los regímenes pensionales.*

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

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por los aportes realizados en el RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 11 de septiembre de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma*

*conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las recurrentes relativas a que la ignorancia de la ley no es excusa, que el actor incumplió sus obligaciones como consumidor financiero y que actuó de forma negligente; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de*

---

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

*nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA y Skandia SA en sus apelaciones, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que fueron descontados por disposición legal, no hacen parte integrante de la pensión y fueron girados a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que*

*el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*De conformidad con el criterio jurisprudencial antedicho, resulta claro que corresponde a Skandia SA asumir, con cargo a su propio patrimonio, lo descontando por concepto de gastos de administración, en los que se incluye el valor del seguro previsional; como acertadamente lo concluyó el a quo. Imponiéndose confirmar la absolución impartida respecto de la llamada en garantía, ya que “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.” (Sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989).*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por las AFP recurrentes frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la*

*necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos rubros debidamente indexados; 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

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

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

#### *R E S U E L V E*

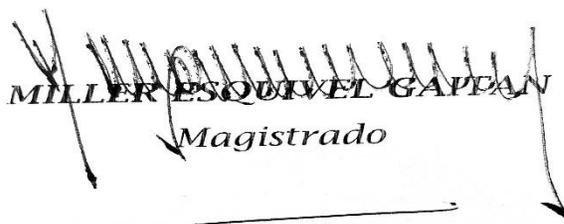
***Primero.-*** *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

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

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

**Cuarto.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
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 EDITH BEJARANO CASTAÑEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

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

*DEMANDA*

*Sandra Edith Bejarano Castañeda, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Colfondos SA y Protección SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con sus rendimientos; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uno de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 31 de diciembre de 1964; realizó cotizaciones en el ISS desde julio de 1992; en mayo de 1997 fue trasladada a la AFP Colfondos SA; el asesor de la época no le suministró información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, tampoco sobre la posibilidad que tenía de trasladarse de régimen pensional antes de faltarle 10 años para acceder a su pensión; en 1998 se trasladó a la AFP Protección SA; el 1° de marzo de 2021 solicitó ante las demandadas la declaratoria de nulidad de su afiliación, obteniendo sendas respuestas negativas; en proyección pensional solicitada a Protección SA le informaron que su mesada pensional en el RPMPD sería de \$6.751.935,00 mientras que en el RAIS ascendería a \$1.113.743,00.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su posterior traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política),*

*buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital) respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud presentada ante esta AFP y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica.*

*Finalmente, Protección SA en oportunidad dio contestación a la demanda oponiéndose a todos los pedimentos (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de su traslado a esa AFP, la reclamación presentada y la respuesta negativa emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto, y la genérica .*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 32 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS*

*con efectividad el 1° de junio de 1997, por intermedio de Colfondos SA. Ordenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante su afiliación por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Ordenó a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas y a actualizar su historia laboral de la accionante. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a las demandadas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que no se acreditaron los supuestos para declarar la ineficacia del traslado, por lo que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al haber firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Finalmente, indicó que la accionante no tenía expectativa legítima de pensionarse en el ISS.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme 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 Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el subexamine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos*

*rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de*

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

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

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

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

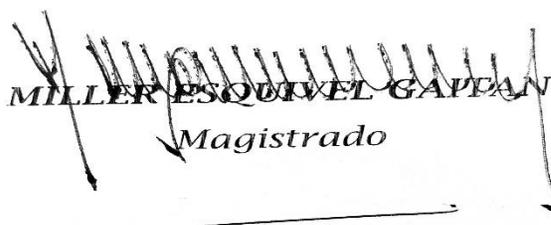
RESUELVE

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

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

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

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
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 VILMA ESTHER DE AVILA JIMENEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*DEMANDA*

*Vilma Esther de Ávila Jiménez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Colfondos SA, Protección SA y Porvenir SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, así como de los traslados horizontales efectuados entre AFP. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones el monto de los aportes contenidos en su cuenta de ahorro individual; debiendo Colpensiones reconocer y pagar su pensión de jubilación por aportes a partir del 18 de abril de 2012, con los respectivos reajustes e intereses moratorios. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 18 de abril de 1957; cotizó a Cajanal desde el 16 de noviembre de 1981 hasta el 12 de enero de 1986; se afilió al ISS en enero de 1995; el 24 de octubre de 1997 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el asesor no le brindó información ni asesoría sobre las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, ni sobre las características propias de ese régimen; en junio de 2000 se trasladó a la AFP ING, hoy Protección SA; en febrero de 2001 se trasladó a Colfondos SA; solicitó ante Colfondos SA la realización de un comité de múltiple vinculación, petición que fue negada; reclamó ante Colpensiones declarar la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 18 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la respuesta negativa dada a la petición presentada por la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado a esa AFP y la solicitud presentada; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su traslado a Porvenir SA; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

*Finalmente, Protección SA en oportunidad dio contestación a la demanda oponiéndose a todos los pedimentos (archivo 14 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado a esa AFP y a Colfondos SA; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP Colfondos, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 24 de octubre de 1997, con fecha de efectividad 1° de diciembre de 1997, por intermedio de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en el periodo comprendido del 24 de octubre de 1997 al 9 de marzo de 2000, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en el periodo comprendido del 10 de mayo de 2000 al 21 de febrero de 2001, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, a reactivar la afiliación y a actualizar la historia laboral de la demandante. Absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA.*

## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, la parte actora y la demandada Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante insistió en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, al ser beneficiaria del régimen de transición y encontrarse acreditados los requisitos para acceder a la prestación al amparo de la Ley 71 de 1988.*

*A su turno, Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional de la accionante se realizó de manera libre, voluntaria e informada, acatando la normatividad vigente para la época, como da cuenta el formulario de afiliación. Aseguró que la voluntad de la accionante fue ratificada con los años de permanencia en el RAIS, con los traslados horizontales entre AFP y con las cotizaciones efectuadas. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas del seguro previsional, ya que fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la correcta administración realizada, en virtud de la cual se generaron rendimientos.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como la parte demandante presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar sus respectivos recursos.*

#### CONSIDERACIONES

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

#### 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.*

*Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor no le brindó información ni asesoría sobre las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, ni sobre las características propias de ese régimen”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos,*

*tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para 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 Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 24 de octubre de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que en el año 1997 ingresó a trabajar en el Instituto de Salud de la Policía Nacional y en recursos humanos le dijeron que debía afiliarse a un fondo, fue ahí cuando le enviaron una señora para que la afiliara. Esa señora le dijo que el ISS se iba a liquidar y perdería lo aportado durante 16 años y, ante la angustia que esta*

*situación le generaba, suscribió el formulario de afiliación. Dijo que, en ese momento, no le suministraron información adicional.*

*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 Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Colpensiones en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por los años de permanencia en el RAIS, ni por los traslados horizontales efectuados entre administradoras de ese régimen o por los aportes realizados, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de la voluntad del actor de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 24 de octubre de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por*

*esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 164, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor a 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 a la juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la correcta administración realizada, en virtud de la cual se*

---

<sup>1</sup> 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.

*generaron rendimientos; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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 las AFP accionadas, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto*

*de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar 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 tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

#### *PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS*

*Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Protección SA, Porvenir SA y Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

#### *PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES*

*En cuanto a la prestación pensional solicitada, lo cierto es que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, ésta conlleva a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de jubilación reclamada, sin que pueda aducirse que, por el hecho de que no se ha materializado la devolución de todos los dineros que aparecen en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, no sea posible analizar y reconocer ese derecho, pues, ese aspecto hace parte de la financiación de la prestación, lo cual no impide verificar la causación del derecho, en cuanto éste depende del número de semanas cotizadas o prestación de servicios y la edad correspondiente, aspectos que se pueden verificar de la historia laboral en ambos regímenes, lo cual no cambia por el hecho de que en uno y otro se hayan hecho los aportes pertinentes y su distribución, dado que, las semanas cotizadas son únicas y permanecen vigentes por todo el tiempo. Eso no significa que el reconocimiento de la pensión a cargo del ente público se vea desfinanciada, pues, es claro que la declaratoria de la ineficacia, ordena de manera imperativa a las AFP accionadas, la devolución de los respectivos recursos, y con ello quedará conformado el capital que ayude a contribuir en el fondo común ese sostenimiento.*

*Dicho lo anterior, cumple recordar que en el sub examine la actora solicita que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años de edad siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple la demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, pues nació el 18 de abril de 1957, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía. Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica de la Ley 71 de 1988, por haber prestado sus servicios en el sector público, y también haber realizado cotizaciones al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1981.*

*Así, el artículo 7° de la ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, en el artículo 1°, dispone:*

*“La pensión a que se refiere el artículo 7° de la ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el I.S.S. y en una o varias entidades de previsión social del sector público”.*

*En lo que respecta a la edad, la promotora de la litis cumplió los 55 años de edad el 18 de abril de 2012. Ahora, en cuanto al segundo requisito, Vilma Esther de Ávila Jiménez acredita un total de 213,71 semanas servidas en el sector público con el empleador Contraloría General de la República, tal como se constata en el certificado de información laboral aportado. Estas semanas, sumadas a las 265,71 contenidas en la historia laboral expedida por Colfondos SA el 23 de octubre de 2018, más las 73,86 que se observan en el reporte de semanas emitido por Colpensiones el 17 de enero de 2019, arrojan un total de 553,28 semanas, que equivalen a 10 años y 9 meses; las cuales resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido. Máxime si se considera que ni siquiera se acredita el mínimo*

*de semanas exigido por el acto legislativo 01 de 2005, a efecto de que el régimen de transición se le extienda más allá del 31 julio de 2010.*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la absolución del a quo en este punto, pero por las razones aquí expuestas.*

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

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

**Tercero.-** *Costas en esta instancia a cargo de la recurrente Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELENA CARRILLO SOTO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

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

*DEMANDA*

*María Elena Carrillo Soto, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Colfondos SA y Protección SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a Protección SA y a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de octubre de 1959; realizó cotizaciones en el ISS desde el 1° de marzo de 1978 hasta el 28 de enero de 1991; el 7 de julio de 1999 se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección SA; el asesor de la época no le informó sobre las características, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación al RAIS, tampoco le realizó un comparativo entre los regímenes pensionales; el 17 de julio de 2000 se trasladó a Colfondos SA; retornó a Protección SA el 8 de mayo de 2003; solicitó ante las accionadas la declaratoria de ineficacia del traslado, obteniendo respuestas negativas.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, y la respuesta negativa dada a su solicitud; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital). No aceptó los*

*hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Finalmente, Protección SA en oportunidad dio contestación a la demanda oponiéndose a todos los pedimentos (archivo 14 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su retorno a Protección SA, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 7 de julio de 1999, por intermedio de Colmena SA, hoy Protección SA; así como los posteriores traslados a Colfondos SA con fecha 17 de julio de 2000 y a ING, hoy Protección SA, acaecido el 8 de mayo de 2003. Ordenó el regreso automático de la accionante al RPMPD, sin solución de continuidad. Condenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la demandante en el RPMPD, sin solución de continuidad. Condenó a Protección SA a entregar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, frutos e intereses,*

*rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima; concediéndole el término de 15 días. Condenó a Colfondos SA a entregar a Colpensiones los valores que hubiere descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalides y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima; concediéndole el término de 15 días. Condenó a Colpensiones, de manera inmediata, a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen pensional de la accionante goza de plena validez, ya que no se acreditaron vicios en el consentimiento ni omisión en el deber de información y el formulario fue suscrito de manera libre y voluntaria. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por último, solicitó se revoque la condena al pago de las costas.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión de primera 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 Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

## ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 9 de octubre de 1959, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; 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 por Colpensiones en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto del pago de las costas, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de*

*pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

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

*garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya*

*condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.*

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

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
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 JUAN CARLOS ROMERO BARRETO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

**DEMANDA**

*Juan Carlos Romero Barreto, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos; sin aplicar ningún tipo de descuento; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los dineros trasladados. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: inició sus cotizaciones en el ISS, donde cotizó 731 semanas; el 3 de junio de 1996 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el asesor de la AFP accionada no le suministró información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen; el 17 de noviembre de 2020 solicitó ante Porvenir SA la anulación de su traslado; Porvenir SA informó que no era procedente su petición toda vez que cumplió con todos los requisitos de ley e informó que su mesada pensional en el RAIS sería de \$1.655.300,00; petitionó ante Colpensiones la activación de su afiliación en el RPMPD, sin obtener respuesta.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos,*

*inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicación de la sentencia SL373 de 2021, y la genérica.*

*Porvenir SA presentó contestación en término legal, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor a esta AFP, la reclamación presentada y la respuesta negativa emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 3 de junio de 1998. Declaró que, para todos los efectos, el accionante nunca se trasladó al RAIS y, en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; debidamente indexadas. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado del demandante al RPMPD sin dilaciones. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que el demandante realizó el traslado de manera libre, voluntaria, informada y atendiendo la normatividad vigente para la época. Indicó que el accionante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, al no informarse sobre su situación pensional. Agregó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que, por mandato legal, tienen una destinación específica, fueron debidamente invertidas y, durante más de 20 años, el afiliado ha tenido cobertura*

*para los riesgos de invalidez y muerte. Dijo que la orden de retrotraer todo a su estado anterior implicaría la no devolución de los rendimientos. Solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas. Aseguró que se está incurriendo en una doble condena al ordenarse la devolución de las sumas debidamente indexadas junto con los rendimientos. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas.*

*Por su parte, Colpensiones argumentó que no puede recaer la carga de la prueba únicamente en cabeza de la AFP, pues el demandante contaba las capacidades para comprender lo que estaba firmando. Añadió que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.*

*La parte actora también presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión del a quo, aduciendo que el formulario de afiliación por sí solo no constituye prueba suficiente del consentimiento informado.*

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

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

#### *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 unas manifestaciones del tipo “el asesor de la AFP accionada no le suministró información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro 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 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 distinguos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 3 de junio de 1996. Precizando que uno son los*

*principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que se trasladó a Porvenir SA en junio de 1996 y que, previo a ello, no se le brindó ninguna asesoría. Dijo que al momento del traslado se encontraba laborando en la empresa Cementos Boyacá, allí citaron a los trabajadores a una reunión en la cual se presentó el asesor de Porvenir SA, quien básicamente manifestó que el ISS se iba a acabar y que en dicha AFP iban a tener mayores beneficios; luego de la reunión los trabajadores que se iban a trasladar sólo firmaban el formulario de afiliación y los asesores se encargaban de los trámites ante recursos humanos.*

*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 Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

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

*acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que el actor incumplió sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de*

*conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su*

---

<sup>1</sup> 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.

*estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los rendimientos ni los gastos de administración, ya que tienen una destinación específica, fueron debidamente invertidos y al actor se le brindó cobertura para los riesgos de invalidez y muerte; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no son de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación sobre la aplicación de las restituciones mutuas. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de*

*administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por*

*la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos antes señalados.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

*derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

#### CONDENA EN COSTAS

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Porvenir SA ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir SA asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

#### RESUELVE

**Primero.-** *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente*

respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.

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

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

**Cuarto.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
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 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELSON HERNÁNDEZ BOLÍVAR CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, FIDUCIARIA LA PREVISORA, LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-*

*En Bogotá D.C., a los veintiuno (21) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos, el Magistrado Sustanciador la declara abierta.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el tribunal de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, y la Fiduprevisora contra la sentencia del 2 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

## DEMANDA

*Nelson Hernández Bolívar, por medio de apoderado judicial, demandó a Asesores en Derecho SAS, como mandataria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, la Fiduciaria La Previsora como vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que se declare la protección al derecho a la seguridad social, y como consecuencia, se condene a Asesores en Derecho SAS expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado; a la Fiduciaria la Previsora reconocer, liquidar y pagar el título pensional o bono pensional que corresponda por el tiempo laborado en la Flota Mercante a Colpensiones, y a ésta, tener en cuenta dicho valor a efectos de la financiación de la prestación por vejez o indemnización sustitutiva, que dicha entidad debe reconocer, junto con los intereses de mora; el reconocimiento por los perjuicios ocasionados por el no pago del título pensional o cálculo actuarial, lo probado según las facultades ultra y extra y las costas del proceso.*

*De forma subsidiaria solicitó se condene a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café a que pague el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al actor por cuenta de la responsabilidad subsidiaria; de la misma manera en subsidio a las peticiones cuarta y undécima se condene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá como responsable subsidiario cancelar el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al actor; subsidiariamente a la pretensión octava se condene a Colpensiones a la indexación de las sumas adeudadas.*

*Como fundamento de las pretensiones hizo una narración de los antecedentes históricos que rodearon la creación, composición accionaria, conformación, administración, modificaciones societarias, la situación de control ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café y posterior liquidación de la Flota Mercante Grancolombiana, así como las obligaciones surgidas a cargo de Fiduciaria la Previsora y Asesores en Derecho SAS con ocasión del cierre del proceso liquidatorio; se refirió a antecedentes jurisprudenciales proferidos por el*

*Consejo de Estado, la Corte Constitucional y algunos jueces sobre asuntos pensionales de los trabajadores de la extinta empresa; puntualizó que su edad para la fecha de presentación de la demanda es de 58 años, que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana mediante contrato de trabajo a término indefinido, entre el 16 de septiembre de 1978 y el 7 de junio de 1990, durante el cual el empleador no pagó aportes al ISS; que en la empresa existía la organización sindical Unimar, de la cual era afiliado; que por cuenta de la negociación colectiva, a través de laudo arbitral del 16 de junio de 1977 se estableció que las pensiones de jubilación están a cargo del empleador, así como la suscripción de acuerdos convencionales vigentes al momento de su retiro, conforme a los cuales le correspondía en reconocimiento de las pensiones de jubilación; que el último cargo desempeñado fue de “segundo camarero” a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana y su salario estaba compuesto por un básico mensual de USD 305.05; una prima de antigüedad del 16% USD 49.85, horas extras USD 108.96, salario en especie (alimentación y alojamiento) US 209.62, viáticos y suplemento US 8.55 e incidencia de las primas extralegales, en donde el 8.33% era salario, es decir, US 56.83.*

*Sostuvo que, el salario promedio en dólares, de acuerdo a la liquidación final de prestaciones sociales fue de US 738.87, que, en pesos, para el 7 de junio de 1990, equivalía a \$365.363,94; que actualmente se encuentra afiliado a Colpensiones pero la entidad no ha efectuado las gestiones de cobro del cálculo actuarial al empleador; que efectuó reclamación del derecho a Asesores en Derecho SAS, el 17 de marzo de 2015, y 31 de marzo de 2017 a la Federación Nacional de Cafeteros y a la Fiduprevisora SA, y el 4 de abril de ese mismo año al Ministerio de Hacienda, con negativa de dichas entidades.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manifestó su oposición a las pretensiones y con respecto a los hechos admitió los relacionados con la historia y creación de las entidades allí relacionadas, pero frente a los demás adujo que no le constaban. Así mismo, sostuvo que desconocía la situación laboral y pensional del demandante con su empleador, con mayor razón, si por cuenta de la sentencia SU-1023 de 2001 de la Corte Constitucional, es la Federación*

*Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, entidad matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, quien debe responder por el pasivo pensional del actor. Como excepciones de fondo propuso las de indebida vinculación, inexistencia de obligación o representación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica.*

*Fiduciaria La Previsora SA, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió los relacionados con el cierre de la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana y la constitución del Patrimonio Autónomo Panflota y en relación con lo demás dijo no constarle. Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y la innominada.*

*Colpensiones en legal forma y en término dio respuesta, oponiéndose a las pretensiones y con respecto a los hechos adujo que no le constaban. Propuso como excepciones las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho, carencia de causa para demandar y la innominada o genérica.*

*La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió los relacionados con la creación, composición accionaria, conformación, administración, modificaciones societarias, la situación de control ejercida por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café y posterior liquidación de la Flota Mercante Grancolombiana, su relación con la entidad ahora liquidada y el resultado de los trámites judiciales en los que hizo parte y niega los demás señalando que no le constan algunos de ellos. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, imposibilidad de afiliación de los marinos de la Flota Mercante Grancolombiana SA, a la seguridad social por falta de cobertura, parafiscalidad cafetera, buena fe, prescripción, falta de*

*legitimación en la causa, límite patrimonial de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la genérica.*

*Asesores en Derecho SAS, dio respuesta a la demanda en legal forma y dentro de término. Se opuso a las pretensiones relacionadas con el cálculo actuarial, al indicar que, para la fecha de la relación laboral, la CIFM no estaba obligada a afiliarse a los trabajadores para los riesgos de IVM, pues eso sólo vino a asumirlo el ISS, a partir de agosto de 1990; con respecto a las demás súplicas señaló que se atenía a lo que considerara el despacho y en cuanto a los hechos sostuvo que no le constaban. Propuso como excepciones las de: inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe, la innominada o genérica, inexistencia de condena en costas y los presuntos perjuicios irrogados.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme a 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, en la que declaró que entre la CIFM y el actor existió un contrato de trabajo, entre el 16 de septiembre de 1978 y el 7 de junio de 1990, y por cuenta de ello, ordenó a Asesores en Derecho SAS, como mandataria con representación de la CIFM, expedir el acto con el cual se reconozca, en favor del demandante, el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto es, del 16 de septiembre de 1978 al 7 de junio de 1990, lo anterior con la advertencia de que se deberán descontar 134 días de licencias y suspensiones. Así mismo, condenó a la fiduciaria La Previsora SA., en su condición de vocera y administradora y con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial, de acuerdo con la liquidación que al efecto realice Colpensiones y a su entera satisfacción. Para el efecto, sostuvo que deberá tenerse en cuenta un salario de \$332.717. De igual manera, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional del Café, por responsabilidad subsidiaria, a transferir los recursos para el pago del valor o diferencia del cálculo actuarial, hasta la*

*conurrencia de sus aportes sociales en la CIFM. También absolvió a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Colpensiones. Por último, le impuso costas a la Federación Nacional de Cafeteros.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, la parte demandante y la totalidad del extremo pasivo, con excepción de la Nación-Ministerio de Hacienda impugnaron la decisión.*

*El **promotor** insiste en: i) que el cálculo actuarial ordenado se debe realizar teniendo en cuenta la totalidad del salario percibido, es decir, con todos los emolumentos extralegales, esto es, con el último salario que equivalía a 738.87 dólares, y que, en pesos colombianos, ascendía a \$365.363,94; ii) que no se pueden descontar los 134 días, dado que se trata de un tiempo que tuvo su fuente en huelgas, las cuales no habilitan al empleador para dejar de efectuar los aportes al sistema de seguridad social; iii) que como se trata de una responsabilidad subsidiaria emanada de una presunción del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, la matriz debe acarrear con el pago total, luego no es viable la condena a la Federación Nacional de Cafeteros solo con respecto a su aporte social; iv) que se debe condenar a Colpensiones al reconocimiento pensional desde la fecha del cumplimiento de los 62 años junto con la orden de los intereses moratorios y no esperar a que se traslade el cálculo actuarial; v) que se debe imponer condena a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en razón a que como representante del Estado, éste se obligó a pagar todas las deudas insolutas de las inversiones que hiciera el Fondo Nacional del Café, y; vi) que las costas se deben imponer a todas las demandadas, dado que ellas se opusieron desde el principio a la prosperidad de las pretensiones.*

*La **Federación Nacional de Cafeteros de Colombia**, manifiesta que: i) no comparte el estudio realizado por esa sede judicial en cuanto a la figura de la responsabilidad subsidiaria en virtud de la cual fulmina condenas en su contra ya que en acatamiento de la ley 222 de 1995 procedió a inscribir su condición de matriz o controlante respecto de la extinta compañía y en el proceso se suministró suficientes y contundentes razones para desvirtuar la presunción*

contenida en el párrafo del artículo 148 *ibídem*, que el infortunio de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante no fue una consecuencia de una decisión abusiva arbitraria tomada en beneficio propio por parte de la Federación o que resultase contraproducente para la extinta compañía, y dada la responsabilidad subsidiaria de la Federación, no se debe desvincular a las demás demandadas dada la definición de responsabilidades en cabeza de cada una de ellas por lo que no debió imponérsele una responsabilidad directa; *ii)* que la juzgadora de primera instancia vulneró el principio de congruencia, puesto que la condena por responsabilidad de la Federación fue solicitada como pretensión subsidiaria es decir, en caso de que no prospera la reclamación principal, pero como fue positiva la súplica principal, no estaba habilitado el juzgador a pronunciarse sobre lo segundo; *iii)* que no se dan los presupuestos para ordenarse el cálculo actuarial, porque para la fecha en que se materializó la relación laboral, el empleador no estaba obligado a afiliarse al trabajador al sistema, y en todo caso, esa solución de la reserva actuarial solo es viable si en la actualidad el demandante va a reclamar la prestación pensional y no simplemente para conformar las semanas de la historia laboral; *iv)* que existen reparos en cuanto a la aplicación del decreto 1887/1994 teniendo en cuenta que el salario es en dólares, se debe tener en cuenta la tasa de cambio en la cual se encuentra incluida la actualización de los salarios; y de mantenerse la condena se module en el sentido de que se haga el cálculo teniendo en cuenta los porcentajes de empleador y trabajador dada la contribución y descontando los tiempos de suspensión del contrato y topes máximos de salario asegurable durante cada periodo y no el del último año de servicios; *v)* que no se le debe imponer condena en costas, pues la solución a este tipo de casos es de origen jurisprudencial y no por un capricho de la Federación tendiente a negar el derecho.

**La Fiduprevisora SA** sostuvo que se deberá revocar la sentencia en cuanto a la condena fulminada en su contra, porque: *i)* se desconoció que el contrato de fiducia mercantil no indica en ninguna de sus cláusulas que el PAR asumirá el pago de cálculos actuariales de los ex trabajadores de la extinta CIFM, por ende, el juez no podía hacer una interpretación extensiva frente a un contrato en el que prevalece la voluntad de los contratantes, y; *ii)* que la condena por la reserva actuarial debe asumirla en su totalidad y de forma directa la Federación Nacional de Cafeteros por cuenta de su responsabilidad subsidiaria como matriz, sin esperar a que se agoten o se hagan trámites administrativos en el PAR.

**Colpensiones** indicó que se le debe absolver de las condenas impuestas, dado que, el cálculo actuarial se origina en el incumplimiento del empleador de afiliar al trabajador y dicha entidad no tiene ninguna injerencia en ese aspecto.

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

### DEL CONTRATO DE TRABAJO

Para resolver los puntos de inconformidad, lo primero que se debe advertir, es que no fue objeto de reproche: i) la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la entonces Flota Mercante Grancolombiana SA, entre el 16 de septiembre de 1978 y el 7 de junio de 1990; ii) que, durante dicho interregno, el empleador no lo afilió para los riesgos de IVM al entonces ISS.

Así las cosas, el primer punto consiste en determinar si es procedente ordenar el traslado del cálculo actuarial, aun cuando, para la época en que prestó sus servicios laborales el trabajador, no había cobertura del ISS, que fue uno de los reproches de la Federación Nacional de Cafeteros.

### APORTES A PENSIÓN - CÁLCULO ACTUARIAL

Resulta fundamental para la solución del caso que nos ocupa, resaltar que si bien la obligación de los empleadores de afiliar a sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición del Decreto 3041 de 1966, de manera gradual, en la medida que tuviera cobertura en la región, antes la obligación de pagar la pensión de jubilación estaba a cargo del empleador (art. 260 del CST). Por eso el empleador debía hacer los provisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación, tal como lo previó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 que establece que: “Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.” en concordancia por lo previsto en el artículo 76 *ibídem*, que puntualizó “El seguro de vejez a que se refiere la Sección

Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. **Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes.** Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley (...)", norma que se encuentran vigente.

Y aunque, el llamado de afiliación de los empleados particulares se hizo a partir del 1° de enero de 1967 y su cobertura fue creciendo paulatinamente en la medida que la entidad de seguridad social tuviera presencia en el territorio nacional, esto no significa que la obligación haya desaparecido o que el empleador que operaba en sitio que no tenía cobertura el ISS haya quedaba exonerado de hacer los aportes a pensión de sus trabajadores a fin de obtener la pensión de vejez o que dejara de asumir el pago de la pensión de jubilación, pues únicamente se ordenó que las cotizaciones se trasladarán al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, quien así es la responsable del pago; lo contrario implicaría que esos trabajadores quedarían desamparados del sistema de seguridad social en pensiones o que el empleador no estaría a cargo del reconocimiento de esas pensiones, estando obligado a ello (art. 260 del CST); solo así se garantiza el derecho a la igualdad y a la seguridad social de estos trabajadores.

Es que desde la entrada en vigencia de la Ley 90 de 1946, la pensión de jubilación estaba a cargo del empleador por lo que se impuso la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para la realización del aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación, asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, la que sólo se materializó con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966 y la asunción por éste de tal riesgo, y no en todo el territorio nacional sino de forma acompasada a donde

*prestara sus servicios; ya que no es concebible que éstos estuvieran desamparados de la seguridad social y el tiempo laborado en esas empresas no se contabilizara para obtener la pensión de vejez o lo que es lo mismo, que con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966 o cuando el ISS asumió el riesgo en el territorio de la empresa, los empleadores quedarán exonerados del pago de la pensión o de realizar los aportes que antes estaban a su cargo, para que el Instituto asumiera tal prestación, cuestión que no fue prevista por el legislador y no lo podía estar, dado que el servicio subordinado se ejecutó y esa obligación en principio estaba en cabeza del empleador, la cual fue subrogada por el ISS, pero no en forma gratuita para el empleador o desconociendo el derecho al trabajador o con la pérdida de tiempo laborado por éste a aquella. Basta, en pensar si un trabajador del sector marítimo como en el caso que nos ocupa, concretamente, o de una empresa donde no tenía cobertura el ISS, le faltara pocos meses para reunir los requisitos del artículo 260 del CST y su vínculo laboral finalizara, y luego ingresara al ISS, como afiliado, no tendría derecho a la pensión, ni por parte del antiguo empleador, por no reunir los requisitos del artículo 260 del CST, y mucho menos por el ISS, al no contar con las exigencias del Acuerdo 049. Eso no sería justo, más hoy en día bajo el amparo de la constitución. Lo precedente, mirando que los servicios personales se ejecutaron antes de la vigencia de la ley 100 de 1993.*

*En conclusión, la demandada Fiduprevisora con cargo al patrimonio autónomo de remanentes Panflota o en su defecto la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, como administradora del Fondo Nacional de Café, como más adelante se explicará deben pagar a Colpensiones entidad última a la que está afiliado el demandante y quien asume el reconocimiento y pago prestacional por los riesgos de invalidez vejez y muerte y pago que tenga derecho, ya en vigencia de la ley 100 de 1993; el pago por los aportes a pensión correspondiente al periodo que el promotor prestó servicios a la Flota Mercante Grancolombiana S.A. comprendido entre el 16 de septiembre de 1978 al 7 de junio de 1990; descontando el tiempo no laborado por el trabajador durante 134 días por licencias y suspensión del contrato (folio 431 del archivo digital No. 02), ya que la obligación del aporte se causa es por el tiempo efectivo de servicios prestados, como en efecto lo reclama la recurrente Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pues no solo por la simple obligación de afiliarse y cotizar que tenía su empleadora se debe reconocer y pagar el cálculo sobre todo el*

*tiempo que duró la relación laboral aunado que dichos periodos de suspensión, contrario a lo alegado por el actor en la apelación, no se encuentra acreditado que correspondan a periodos de huelgas, caso en el cual, no se suspende la obligación de reserva en cabeza del empleador.*

*Así, para la elaboración del cálculo actuarial la AFP a la cual se encuentra afiliado deberá tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, pues si bien en su artículo 1° se indica que el campo de aplicación se limita a “las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993”; también es cierto que el inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997, amplió dicho campo de aplicación al establecer que: “... sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994...”.*

*La remisión hecha por esta norma para efectos de realizar el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado para un empleador, amplió el campo de aplicación contenido en el artículo 1° del Decreto 1887 de 1994, y lo hizo de forma pura y simple, pues no puso como condición que la relación laboral estuviera vigente al 23 de diciembre de 1993 o que se hubiere iniciado con posterioridad a esta fecha. El no condicionamiento mencionado se explica en razón a que la situación a reglamentar contenida en el literal d) del artículo 9 de la Ley 797 que modificó el artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 tampoco tiene ese condicionamiento, como sí lo trajo, desde un principio, la hipótesis prevista en el literal c) del Parágrafo 1° del artículo 33 de la citada Ley 100.*

*Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que en los periodos no cotizados por falta de cobertura, los empleadores a través de un título pensional asumen las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo de la entidad de seguridad social. Así lo precisó en*

*sentencia CSJ SL10122-2017, reiterada en sentencia SL4334- 2019 del 2 de octubre de 2019, con radicación 79045:*

*“Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:*

*(...) Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.*

*Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993” contenida en el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...). (CSJ SL5535-2018)”*

*Entonces, la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, es que el empleador que no afilie a su trabajador, incluso debido a la falta de cobertura, debe responder por las obligaciones pensionales y, por tanto, asumir el título pensional. Así se dijo en la sentencia CSJ SL2879-2020, reiterada en la CSJ SL1259-2021.*

#### **MONTO SOBRE EL CUAL SE ORDENA EL CÁLCULO ACTUARIAL**

*Asimismo, tal como lo alegó la Federación Nacional de Cafeteros, al momento de elaborar al cálculo actuarial Colpensiones deberá discriminar la cuota parte que le corresponde asumir al empleador y al empleado, fijado en la ley y atendiendo el salario real devengado por el demandante en cada periodo de cotización, al tipo de cambio oficial del dólar americano al peso colombiano vigente a la fecha de causación de cada periodo calculado y los topes definidos legalmente en cuanto a los ingresos bases de cotización, sin que sea procedente tomar el promedio de los salarios del último año de servicios, ya que los aportes se hacen mensualmente.*

*Y en tal operación, el valor de la reserva actuarial que debe cancelar La Fiduprevisora, en calidad de administradora de Panflota, y subsidiariamente la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café, debe tenerse en cuenta no solo el sueldo básico, sino también lo cancelado por concepto de prima de antigüedad, dominicales y feriados, las horas extras, el recargo por trabajo nocturno, y la alimentación y alojamiento, y que se reflejan en los comprobantes de pago del archivo digital 06 que consta la hoja de vida del actor. Ello, por cuanto el artículo 127 del CST dispone que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones; y como al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, o en su defecto, que se generó por la labor prestada, para que a este le corresponda acreditar que los emolumentos estaban dirigidos a otro propósito, pues de lo contrario deberá asumir los efectos jurídicos que se generan frente a un pago de naturaleza salarial (CSJ SL5159-2018).*

*Aunque en algunos comprobantes se ven reflejados unos viáticos y suplementarios, no se observa que tengan la connotación de habituales, por lo que, en virtud de lo previsto en el artículo 130 del CST, no se incluirán como factor salarial. De igual manera, se descarta cualquier otro emolumento de tipo extralegal alegado por el demandante, dado que, la Corte en sentencias CSJ SL 30 mar.2022, rad.68874, CSJ SL1982-2021, señaló que los emolumentos que deben integrar la base salarial a efectos de determinar la cuantía del cálculo actuarial a liquidar por Colpensiones y cancelar a su favor la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, no resulta procedente la aplicación de las normas extralegales echadas de menos por el recurrente, habida cuenta que su incidencia salarial se previó para la liquidación de prestaciones sociales y no*

*para efectos pensionales.*

*Para el cálculo efectivo, tanto Asesores en Derecho SAS como la Fiduprevisora SA, deberán remitir a Colpensiones los comprobantes de pago completos de la hoja de vida del actor, para que dicha entidad pueda llevar a cabo la operación.*

*También se aclara que, el demandante deberá concurrir con el pago del porcentaje a su cargo, por ser obligaciones de ambas partes y no sólo del empleador, pues con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados<sup>1</sup>, sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono; sin que pueda beneficiarse de eventuales prestaciones financiadas con los aportes realizados, cuando no ha contribuido con ellos, como lo dispone la ley, toda vez que esto implicaría un enriquecimiento sin justa causa, que no es fuente de obligación alguna (art. 1524 CC). No obstante, el empleador debe hacer el total del cálculo del aporte, quedando facultado para obtener el reembolso del aporte del trabajador, ya sea consensuado o acción judicial, con miras a que el demandante pueda acceder a la prestación, por lo que se modificará la decisión del a quo en tal sentido.*

## **DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES**

---

<sup>1</sup> Art. 16, ib.: "Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000), o de ciento veinticinco mil (\$ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables. PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste." Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

*Corresponde, pues, delimitar las responsabilidades que competen a los extremos procesales, pues los restantes argumentos de los recursos de apelación refieren precisamente a dicho tema.*

*Le competen a Fiduciaria La Previsora y a Asesores en Derecho SAS, dado que las mismas provienen del objeto contractual determinado en cada uno de los negocios jurídicos por cuya celebración son parte en este proceso.*

*Así pues, es importante destacar que en el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos No. 3-1-0138 celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en liquidación y Fiduciaria La Previsora el 14 de febrero de 2006 (folios 671 a 698) se definió el objeto del mismo en la cláusula segunda así:*

*“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO por parte de la FIDUCIARIA, el cual se denominará fideicomiso “PANFLOTA”, con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato y los recursos que posteriormente le sean transferidos, acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos según las instrucciones contenidas en el texto del contrato acorde con las especificaciones y características relacionadas en la propuesta presentada por la FIDUCIARIA, la cual en un todo, forma parte integrante del presente contrato”*

*Por su parte, en relación con el objeto pactado entre Asesores en Derecho SAS y Fiduciaria La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota en la celebración del contrato de mandato, es preciso acudir a la certificación de folio 13 del archivo digital No. 01, en la que se indica que aquella está obligada o facultada como mandataria para las siguientes actividades:*

*“1. Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos, en cumplimiento de la sentencia SU-1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional...”*

*3 Excepcionalmente cuando medie una orden judicial en firme y ejecutoriada expedir el correspondiente acto administrativo mediante el cual se ordene la reliquidación de una mesada pensional...”*

*Así pues, conforme a los contratos a cuyos objetos se ha hecho referencia, los que constituyen ley para las partes en los términos del art 1602 del CC, la delimitación de responsabilidades determina que corresponde a Fiduciaria La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine Colpensiones, con cargo a dicho Patrimonio Autónomo. Por su parte, corresponde a Asesores en Derecho SAS como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota expedir el acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial.*

*Finalmente, en relación con la responsabilidad subsidiaria asignada a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, corresponde determinar si la insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante obedeció a decisiones y situaciones exógenas a la voluntad de la Federación, pues ello conllevaría la revocatoria de la condena extendida bajo la figura de la responsabilidad subsidiaria.*

*Pues bien, el sustento normativo con base en el cual la a quo extendió la responsabilidad a la Federación Nacional de Cafeteros fue el parágrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995, el cual señala:*

*“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.”*

*La Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1997, al analizar la exequibilidad de la disposición legal, después de referirse a la definición legal de sociedad subordinada o controlada (art 26 de la Ley 222 de 1995), a los eventos que definen la subordinación (art 27 de la Ley 222 de 1995), recordó los 4 presupuestos de la responsabilidad subsidiaria de la matriz en relación con las obligaciones de la subordinada, así: i) que se dé una situación de*

*concordato o liquidación obligatoria de la subordinada, ii) que exista relación de causalidad entre las actuaciones de la matriz y la situación de la subordinada (lo que se presume), iii) que las actuaciones de la matriz ocurran en virtud de la subordinación y en su interés o de otra subordinada suya y iv) que las actuaciones de la matriz hayan perjudicado el patrimonio de la subordinada; de modo que, conforme al alcance del recurso de apelación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café se procederá a verificar si la presunción legal fue desvirtuada o no en el debate probatorio.*

*Pues bien, en relación con el asunto sometido a consideración por la referida Federación, es importante destacar que, si bien no es posible desconocer el impacto de la supresión de la reserva de carga autorizada a través del Decreto 994 de 1966 por la consecuente disminución de los ingresos dinerarios derivados de las operaciones de transporte que la misma aseguraba a favor de la Flota Mercante Grancolombiana, no lo es menos que, de acuerdo con el material probatorio aportado al expediente, tal factor no fue determinante, sino que hizo parte de una serie de conductas que llevaron a la Flota Mercante Grancolombiana a su ulterior liquidación.*

*Así, de la revisión de las respuestas ofrecidas por el perito que fue aportado al expediente, se colige que los factores determinantes de esa grave afectación financiera fueron, entre otras, el reparto de utilidades efectuado en 1992 por \$173.407.000.000, la eliminación de la reserva de carga (a la que refiere el recurso de apelación), la transferencia de activos por parte de la Flota Mercante Grancolombiana a la sociedad Transportación Marítima Grancolombiana S.A. TMG, el pasivo pensional, su asunción por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la acumulación de pérdidas, el aumento de costos directos de la operación, la cesión del objeto social y la actividad naviera a la sociedad Transportación Marítima Grancolombiana S.A. TMG, la progresiva venta de barcos y problemas de iliquidez.*

*En ese orden, la Sala no encuentra que la supresión de la reserva de carga a la que refiere el recurrente haya sido la razón única y exclusiva que llevó a la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., por el contrario, la mayoría de las razones que determinaron la decisión de*

*liquidación por parte de la Superintendencia de Sociedades, requerían el voto favorable de la junta directiva de la cual hacían parte directivos de la Federación Nacional de Cafeteros, tal como dan cuenta los documentos de folios 183 y ss y lo registra el informe pericial visible de folios 448 y ss, ambos del archivo digital No. 01.*

*Como consecuencia de ello, no se estima desvirtuada la presunción prevista en el parágrafo del art. 148 de la Ley 222 de 1995, por lo que la responsabilidad subsidiaria asignada a la Federación Nacional de Cafeteros se mantendrá en los términos definidos por la juez de primera instancia.*

*Ahora bien, en lo que hace al argumento referido a la naturaleza parafiscal de los recursos que constituyen el capital del Fondo Nacional del Café, cuya administración ejerce la Federación Nacional de Cafeteros, baste con señalar que el mismo ya fue analizado en la sentencia de unificación SU-1023 de 2001 por la Corte Constitucional, en la que señaló:*

*“Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.”*

*Así pues, con arreglo a los razonamientos expuestos en su momento por la Corte Constitucional, considera la Sala que los réditos obtenidos en su momento por el Fondo Nacional del Café de las utilidades generadas por la actividad comercial ejecutada por la Flota Mercante Grancolombiana y las ganancias obtenidas gracias a su administración por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, imponen la correlativa obligación de asumir obligaciones derivadas de esa actividad comercial, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores y, entre ellos el demandante, con su fuerza*

*productiva generaron dividendos a favor del Fondo, por lo que es precisamente con cargo a su presupuesto que se debe atender la obligación de pago del cálculo actuarial ordenado a nombre del actor, sin que el hecho de ser la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público accionista del Fondo Nacional del Café, tenga que hacerse responsable del pago del cálculo ordenado.*

*Igualmente, es cierto que el actor planteó como pretensión subsidiaria la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros, con respecto a la pretensión principal de ordenar a la Fiduprevisora SA y a Asesores en Derecho SAS, cada una bajo sus respectivas competencias, la expedición de la resolución que ordena la reserva actuarial y el aprovisionamiento efectivo, es decir, que en principio, como se accedió a lo primero, no cabría orden alguna contra la Federación, pues esa es la naturaleza de dividir o plantear ese tipo de súplicas; no obstante, téngase en cuenta que la consolidación o financiación del derecho pensional que aquí se debate va más allá de la forma en que se plantearon las pretensiones, en cuanto la responsabilidad de dicha demandada es esencial en el cubrimiento de esa deuda pensional, que como se explicó, debe asumirla como matriz y controlante por cuenta de una presunción legal que no fue desvirtuada. Entonces, la interpretación que hizo la juzgadora de primera instancia, fue adecuada, y en tal sentido, no existe vulneración al principio de congruencia como lo alegó la pasiva.*

*Ahora, en cuanto a la queja del demandante sobre la forma como la a quo impuso condena a la Federación únicamente por el monto de sus aportes, se recuerda nuevamente que, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante **en su totalidad**, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario, y como ello no ocurrió, es claro que la Federación tiene que asumir ese pasivo.*

*Con base en las anteriores consideraciones que condensan la posición de la Sala de cara a los argumentos de apelación de los recurrentes, se modificará la sentencia de primera instancia conforme a lo anunciado.*

*Ahora en cuanto al motivo de inconformidad que señala el demandante en el sentido de que se estudie el reconocimiento pensional en la forma pedida es de precisar que tal como lo consideró en primera instancia, una vez se realice el pago de los aportes (cálculo actuarial) Colpensiones, deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho, teniendo en cuenta la actualización de la historia laboral, sin que quepa una mención anticipada sobre intereses de mora, indexación o demás emolumentos, que sólo se definirán a partir de la causación de la prestación reclamada y no antes.*

#### **COLPENSIONES**

*Dicha entidad reclamó que se debía revocar la decisión y absolverla, pero es evidente que la a quo no le impuso condena alguna, simplemente la orden en materia administrativa para que lleve a cabo la operación que determine la suma que la Fiduprevisora SA debe trasladar por concepto del cálculo actual, y como el actor se encuentra afiliado a esa entidad, es claro que, ella es quien debe proceder a su elaboración para que el directo responsable del pago con esa información proceda a satisfacción; de ahí, que la Sala en la modificación que realizará precisará la orden a dicho organismo.*

#### **COSTAS**

*En cuanto a la manifestación hecha en relación con las costas ordenadas por el juzgado, la Sala se remite al numeral 1.º del artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, que consagra «... se condenará en costas **la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto».*

*Bajo el contexto que antecede, la condena en costas es oponible a la parte a quien fue descartada su posición en el proceso; en el caso sub examine, la*

*obligación económica se impuso a la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y a la Federación Nacional de Cafeteros como responsable subsidiario, en tanto que, a Asesores en Derecho, se le ordenó o impuso prácticamente una obligación administrativa o de gestión, lo mismo que a Colpensiones, lo que significa que quienes resultaron vencidas fueron las encargadas del aspecto económico, por lo que, la condena en costas en dicha instancia se les impondrá, con mayor razón, si jurisprudencialmente se mantenido pacífico el tema de la responsabilidad de dichos organismos en la satisfacción de la reserva actuarial para evitar un perjuicio en la consolidación del derecho pensional de los ex trabajadores de la extinta CIFM. En esta instancia, dada la prosperidad parcial de los recursos de algunos recurrentes en sus posiciones contrarias, no se imponen costas.*

*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.**-*Modificar los ordinales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar: Condenar a Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y con cargo a éste, y en forma subsidiaria, en caso de que en dicho Patrimonio Autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, a la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora y con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, a efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine Colpensiones con arreglo al Decreto 1887 de 1994, por el lapso comprendido entre el 16 de septiembre de 1978 al 7 de junio de 1990, descontando el tiempo no laborado por el trabajador durante 134 días por licencias y suspensiones; cálculo actuarial que hará Colpensiones en un término de 30 días, en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia, y atendiendo el salario real devengado por el demandante en cada periodo de cotización, al tipo de cambio oficial del dólar americano al peso colombiano vigente a la fecha de causación de cada periodo calculado y los topes definidos legalmente en cuanto a los ingresos bases de cotización, para lo cual se deberá tener en cuenta en la liquidación lo cancelado*

*por concepto de prima de antigüedad, dominicales y feriados, las horas extras, el recargo por trabajo nocturno, la alimentación y alojamiento, para lo cual, tanto Asesores en Derecho SAS como la Fiduprevisora SA, deberán remitir los comprobantes de pago completos de la hoja de vida del actor. No obstante, el empleador debe pagar el total del cálculo del aporte, quedando facultado para obtener el reembolso del aporte del trabajador, ya sea consensuado o mediante acción judicial, con miras a que el demandante pueda acceder a la prestación.*

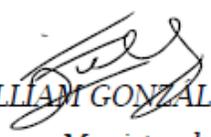
**Segundo.-** *Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.*

**Tercero.-** *Las costas de primera instancia se imponen la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y a la Federación Nacional de Cafeteros como responsable subsidiario. Sin costas en esta instancia.*

*Notifíquese y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IMELDA LÓPEZ TALERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Jheisson Santiago Garzón Piamonte identificado con C.C. No. 1.018.435.921 y la T.P. No. 277.810 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.*

*Notifíquese*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Imelda López Talero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a Colpensiones a restablecer su afiliación en el RPMPD. De igual manera, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros. Asimismo, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar su pensión de vejez, junto con los intereses moratorios y la indexación de las sumas. Por último, se condene al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 29 de mayo de 1961; se afilió al ISS el 30 de octubre de 1980; el 30 de octubre de 1996 se trasladó al RAIS por intermedio de Davivir SA, hoy Protección SA; el 24 de febrero de 2000 se trasladó a Porvenir SA; cotizó en el RAIS un total de 1104 semanas; presentó ante las accionadas solicitud de ineficacia del traslado, obteniendo respuestas negativas; el 31 de agosto de 2018 Porvenir SA le reconoció pensión de vejez.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 23 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que*

*denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA contestó en término, oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 25 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, pago, desconocimiento de los propios actos, la demandante alega su propia negligencia en su beneficio, enriquecimiento sin causa, ratificación de los actos jurídicos, y la genérica.*

*Protección SA dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 27 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación al RAIS el 30 de octubre de 1996 y su traslado a Porvenir SA; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, culpa de la demandante y falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, y la innominada o genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital), en la que absolvió a las accionadas de todas las pretensiones formuladas en su contra.*

*Declaró probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas, en atención al amparo de pobreza concedido a la accionante.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que no se aplicó el principio proteccionista en favor del trabajador. Aseguró que las AFP accionadas incumplieron con el deber de información, dado que no la ilustraron de manera clara sobre el derecho de retracto, las consecuencias jurídicas del traslado, características, condiciones, efectos, riesgos, ventajas y desventajas de cada régimen. Dijo que el a quo se apartó del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, ya que, la ineficacia del traslado no está condicionada a pertenecer al régimen de transición o tener un derecho consolidado; y que la sola suscripción del formulario no puede entenderse como una afiliación libre, voluntaria y espontánea.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la decisión absolutoria de primer grado.*

*La parte demandante también presentó alegatos de instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.*

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

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

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA CALIDAD DE PENSIONADO*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en el asunto quedó acreditado que: i) el 30 de octubre de 1996, la demandante se*

*trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado en ese momento por la AFP Davivir, hoy Protección SA; ii) Imelda López Talero se trasladó a la AFP Porvenir SA el 24 de febrero de 2000, y iii) se encuentra pensionada en el RAIS, a partir del 1° de octubre de 2021, bajo la modalidad de retiro programado.*

*Así, el problema jurídico a resolver se circunscribe en verificar si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la actora, pese a que ostenta la calidad de pensionada en el RAIS.*

*Para resolver el interrogante, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, entre otras razones, porque ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:*

*“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta*

---

<sup>1</sup> SL1688-2019, SL3464-2019

*con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*

*Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.*

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.*

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende."*

*La anterior tesis ha sido reafirmada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.*

*No sobra agregar que el alto Tribunal ha enseñado que, la pensionada que considera que la AFP incumplió el deber de información que le correspondía, puede reclamar la reparación de perjuicios que logre demostrar a través de la respectiva acción indemnizatoria, como lo explicó en sentencia en CSJ SL3871-2021:*

*“Por tanto, el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.*

*Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.*

*Así, para la Corte no hay duda de que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos.*

*Para cerrar, conviene mencionar que el planteo de la exclusividad de la acción indemnizatoria esgrimido por el Tribunal podría tener lugar cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021). No obstante, cuando se trata del afiliado es claro que el mecanismo adecuado es la acción de ineficacia, sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.”*

*Es cierto que los medios de convicción obrantes en el plenario no permiten concluir que las AFP demandadas, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional de la promotora de la litis, hubiesen cumplido con el deber de información que les correspondía. Pese a ello, no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque, tratándose de una pensionada, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, pero como ello no fue propuesto por la demandante desde el inicio de la acción, la Sala no puede abordar ese análisis, en razón del respeto al derecho de defensa y contradicción del extremo pasivo, que sólo planteó su oposición frente a la súplicas de ineficacia y las consecuencias que de allí se desprenden.*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.*

*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.

**Segundo.-** Sin condena en costas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GINA FIORELLA HERNÁNDEZ LIMONGI CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Paola Alejandra Moreno Vásquez quien se identifica con C.C. No 1.030.536.323 y la T.P. No. 217.803 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Gina Fiorella Hernández Limongi, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados, así como los bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones aceptar el traslado y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de septiembre de 1962; realizó cotizaciones al ISS a partir del 12 de enero de 1990, acumulando un total de 53 semanas en el RPMPD; en enero de 1995 se trasladó al RAIS debido a que un asesor de Protección SA la persuadió; el 21 de mayo de 2021 solicitó ante Protección SA su traslado hacia Colpensiones, obteniendo respuesta negativa; también peticionó ante Colpensiones que aceptara su traslado de régimen quien contestó que no era procedente.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 15 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento*

*de la actora, su inicial vinculación al ISS, la solicitud presentada ante esa administradora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.*

*A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia 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 genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1994, por intermedio de la AFP Protección SA. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPMPD, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Protección SA.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la demandante no cumple con los requisitos legales ni jurisprudenciales para trasladarse de régimen pensional. Indicó que no se demostró ningún engaño por parte de la AFP que diera lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado; y que la actora incumplió con sus deberes de emplear la adecuada atención y cuidado frente a su situación pensional.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

## CONSIDERACIONES

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

## ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para tal fin, entre otros, con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, en tanto nació el 23 de septiembre de 1962, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia*

*de traslado de régimen pensional efectuado el 26 de agosto de 1994, con destino a la AFP Colmena, hoy Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales o jurisprudenciales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva*

*ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de*

*administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

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

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

*pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

#### **R E S U E L V E**

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

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

**Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GATTÁN  
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 BLANCA CERLINA FARIAS LEON CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Oriana Espitia García identificada con C.C. No. 1.034.305.197 y la T.P. No. 291.494 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.*

*Reconocer personería a la abogada Angelica María Cure Muñoz identificada con C.C. No. 1.140.887.921 y la T.P. No. 369.821 del C.S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en la forma y para los efectos del poder conferidos.*

*Notifíquese*

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

### *S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

### *A N T E C E D E N T E S*

#### *DEMANDA*

*Blanca Cerlina Farías León, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene su retorno automático al RPMPD, debiendo Colpensiones reactivar su afiliación. De igual manera, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, frutos e intereses, y rendimientos. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de mayo de 1964; en octubre de 1982 se afilió al ISS, donde cotizó 247 semanas; en marzo de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir SA; el asesor de la AFP demandada le manifestó que en el RAIS podría acceder a un pensión en fecha anterior a la prevista para el ISS y en cuantía superior; también le informó que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la pensión por vejez; el asesor no le expuso la naturaleza del régimen privado, el capital mínimo requerido ni las condiciones del traslado; ante la información incompleta suministrada por Porvenir SA, la actora suscribió el formulario de afiliación;*

*solicitó ante Porvenir SA una proyección pensional, obteniendo como respuesta que se mesada equivaldría a un salario mínimo para la fecha; se realizó una proyección estimada en el RPMPD, obteniendo una mesada por valor de \$1.851.602,00; el 17 de enero de 2020 presentó ante Colpensiones y ante Porvenir SA, solicitudes de nulidad de la afiliación, obteniendo respuestas negativas por ambas entidades.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y su respuesta negativa obtenida; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*Pese a que fue debidamente notificada, Porvenir SA no presentó escrito de contestación; razón por la cual, mediante auto del 6 de junio de 2022, se le tuvo por no contestada la demanda.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 27 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 1° de junio de 1998, por intermedio de Porvenir SA. Declaró que, para todos los efectos, la accionante nunca se trasladó de régimen y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus*

*correspondientes rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas de seguro previsional, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró que Colpensiones puede obtener, por vías judiciales, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que no se acreditó existencia de engaño ni omisión en el deber de información. Dijo que la accionante conocía las características del RAIS y que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin que existan motivos que lleven a desconocer el acto jurídico de traslado, por lo que el mismo goza de plena validez. Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; tampoco cumple los requisitos señalados en la sentencia SU-062 de 2010. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas, dado que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen.*

*Por su parte, Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional de la actora es completamente válido y eficaz, ya que se le brindó información clara, necesaria y suficiente, acatando la normatividad vigente para la época, como da cuenta el formulario de afiliación; ratificando su voluntad con los aportes realizados y con el tiempo de permanencia en el RAIS. Agregó que no es posible devolver los rendimientos financieros, los gastos de administración, ni las sumas de los seguros previsionales, ya que, una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es que los rendimientos nunca se generaron, aunado a que los gastos de administración fueron descontados por mandato legal y no hacen parte integrante de la pensión. Indicó que no es viable devolver las sumas indexadas, pues ello conlleva una doble condena al ordenarse también la devolución de los rendimientos.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en su apelación.*

*En similar sentido, Colpensiones insistió en los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación, además de indicar que no existió vicio en el consentimiento en el momento de la celebración del acto jurídico.*

*La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.*

## CONSIDERACIONES

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

## ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, en tanto nació el 1° de mayo de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine, es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 15 de abril de 1998, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, o la posibilidad del traslado en cualquier tiempo al cumplirse las exigencias de la sentencia SU-062 de 2010; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones 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 a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, 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 "el asesor no le expuso la naturaleza del régimen privado, el capital mínimo requerido ni las condiciones del traslado", 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, 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, efectuado el 15 de abril de 1998 y no si existió vicios del consentimiento. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la afiliaron sin contar con su opinión, simplemente entró a un trabajo nuevo y le entregaron unos papeles para que los firmara, pero no le dijeron nada, se enteró de que había sido afiliada a Porvenir cuando le entregaron los papeles, el carnet y la afiliación. No recibió ningún tipo de información.*

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

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por haber efectuado aportes ni por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 15 de abril de 1998, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, aunado a que no fue aportado por parte de Porvenir SA el formulario de vinculación que permita si quiera establecer que cumplió con el deber de información que reclama la actora. Tampoco está acreditado que dicha administradora hubiese informado a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia extunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver estos valores, ya que fueron descontados por mandato legal y no hacen parte integrante de la pensión; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un*

*enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto*

*es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente;*

*circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos previamente indicados.*

#### **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.*

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas a las demandadas en esta instancia, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

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

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

**Cuarto.-** *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RODRIGO SALAMANCA CORREA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.*

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

*DEMANDA*

*Rodrigo Salamanca Correa, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; debiendo Protección SA asumir con cargo a sus propios recursos los deterioros sufridos en el bien administrado. De igual manera, se condene a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: se afilió al ISS al iniciar su vida laboral el 7 de mayo de 1985, donde cotizó más de 400 semanas; en diciembre de 1994 recibió una charla por parte de un asesor de Colmena SA, hoy Protección SA, quien le indicó que en esa AFP tendría mayores beneficios y que sus cotizaciones en el ISS se encontraban en riesgo, por lo que firmó el formulario de afiliación; el asesor de Colmena SA no le brindó información completa, adecuada y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, tampoco le realizó una proyección pensional; el 30 de abril de 2021 solicitó ante Protección SA que le informara las razones jurídicas y fácticas por las cuales fue trasladado de régimen; el 5 de mayo de 2021 Protección SA sólo remitió formato de traslado; solicitó a la AFP accionada proyección de su mesada pensional, obteniendo como respuesta que su mesada en el RPMPD sería de \$5.475.601,00 mientras que en el RAIS ascendería a \$1.990.046,00; petitionó a Colpensiones la nulidad de su traslado, obteniendo respuesta negativa.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación inicial del actor al RPMPD, las semanas cotizadas en este régimen y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como*

*medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la genérica.*

*Protección SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de su traslado al RAIS, así como la reclamación presentada y la respuesta obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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 genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 21 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección SA, el 6 de diciembre de 1994. Condenó a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional del actor. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses y rendimientos causados. Condenó a Colpensiones a aceptar los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del accionante. Condenó en costas a Protección SA.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de*

*traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que el actor se trasladó de manera libre y ha permanecido en el RAIS por más de 30 años, ratificando su decisión. Por último, aseguró que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.*

#### CONSIDERACIONES

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

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 65 años de edad, en tanto nació el 6 de septiembre de 1957, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (archivo 4 del expediente digital); sin embargo, la Sala recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 6 de diciembre de 1994, a la AFP Colmena, hoy Protección SA (archivo 4 del expediente digital); diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades plateadas respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a*

*seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

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

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

*Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

#### **R E S U E L V E**

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

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

**Tercero.-** *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN MARÍA RINCÓN CHINCHILLA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, Porvenir SA y Skandia SA contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

## DEMANDA

*Carmen María Rincón Chinchilla, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Colfondos SA, Skandia SA, Protección SA y Porvenir SA, para que se declare la nulidad o invalidez de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a las AFP demandadas a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, junto con los rendimientos causados. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 15 de enero de 1966; ha realizado cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 11 de diciembre de 1987; trabajó en el Ministerio de Educación y efectuó cotizaciones a Cajanal; recibió asesoría por parte de asesores de la AFP Protección SA, quienes le informaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS recibiría mejores beneficios económicos y que se pensionaría a una edad más temprana; en razón a la insistencia, el 14 de septiembre de 1994 se trasladó al RAIS; el 14 de agosto de 1995 se trasladó a la AFP Invertir, indicando en el formulario que provenía del ISS y se generaría nuevamente el cambio de régimen pensional; el 26 de mayo de 2000 se trasladó de Horizonte a Colfondos SA, donde no se le brindó ninguna información; el 31 de enero de 2001 se trasladó a Skandia SA, allí tampoco recibió información; el 5 de noviembre de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad de traslado, obteniendo respuesta negativa; también presentó ante las AFP accionadas información de la afiliación y su nulidad de traslado, obteniendo respuestas negativas.*

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 15 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al Sistema General de Pensiones desde 1987, y la respuesta negativa obtenida a la reclamación presentada; sobre los restantes*

*manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.*

*A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al Sistema General de Pensiones, la solicitud presentada y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.*

*Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud presentada y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 14 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.*

*Protección SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 5 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud presentada y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema*

*general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el 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, reconocimiento de restitución mutua 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 y el traslado de aportes, y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 25 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 30 de agosto de 1994, por intermedio de la AFP Protección SA. Declaró que la accionante se encuentra válidamente vinculada al RPMPD. Condenó a Skandia SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, y demás rubros de la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados. Condenó a Colfondos SA, Porvenir SA y Protección SA a devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que fueron descontados, debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que no es posible devolver los gastos de administración y demás emolumentos, ya que estas condenas tienen más apariencia de pago de perjuicios, los cuales no hay lugar. Dijo que la indexación de las sumas no fue solicitada en la demanda y tampoco se fijó en el litigio; aunado a que la actualización monetaria ya fue reconocida con los rendimientos que en su momento fueron devueltos, lo que*

*generaría una doble condena por el mismo concepto. Aseguró que las primas de seguro previsional fueron giradas a la aseguradora, por lo que no es posible su devolución.*

*Skandia SA manifestó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, debidamente indexados, toda vez que fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos; adicionalmente, las primas ya fueron giradas a la aseguradora. Solicitó que se aplique la figura de las restituciones mutuas. Aseguró que la indexación de las sumas es incompatible con la devolución de los rendimientos, pues corresponden a una doble condena por el mismo concepto.*

*Colpensiones indicó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Solicitó que se absuelva de la condena en costas.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.*

#### *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 Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### *ACLARACIÓN PREVIA*

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, en tanto nació el 15 de enero de 1966, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 30 de agosto de 1994, con destino a la AFP Protección SA; 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 por Colpensiones en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo afectación a la sostenibilidad financiera del sistema. Asimismo, Porvenir SA y Skandia SA solicitan que se les absuelva de la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y la indexación de las sumas. Por lo que la alzada se restringe a revisar estos puntos de inconformidad, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo*

*invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA y Skandia SA en sus apelaciones, relativos a que no es posible devolver los rendimientos ni los gastos de administración, ya que no fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la gestión realizada y tienen apariencia de pago de perjuicios; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no se acogen los argumentos planteados por Skandia SA relativos a la aplicación de las restituciones mutuas. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por las AFP recurrentes frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto. No sin antes precisar que, si bien dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, también es cierto que su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada. Así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359-2021:*

*"[...] la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en*

*relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.»*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

#### *CONDENA EN COSTAS*

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

### RESUELVE

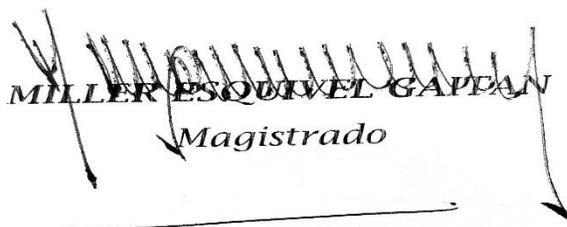
**Primero.-** *Modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP Skandia SA no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

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

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

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

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
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 LUZ MERY GÓMEZ CONTRERAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, por el Juzgado Diecisiete del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

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

*DEMANDA*

*Luz Mery Gómez Contreras, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Colfondos SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información por parte de las AFP accionadas. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones el capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar descuento alguno; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados y activar su afiliación en el RPMPD. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: inicialmente efectuó aportes pensionales en el RPMPD; suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander, hoy Protección SA, el 3 de noviembre de 2000; el 14 de enero de 2002 suscribió formulario de afiliación con Colfondos SA; el asesor de la AFP que promovió su traslado le indicó que el ISS estaba con problemas financieros y que se iba a liquidar; el asesor no le explicó sobre las ventajas o desventajas ni las diferencias entre los regímenes; solicitó ante las AFP accionadas la ineficacia de la afiliación; petitionó ante Colpensiones su activación en el RPMPD, recibiendo respuesta negativa.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 6 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al RPMPD, su traslado a Protección SA, la reclamación presentada y la respuesta dada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación de la actora a esa AFP y la reclamación presentada; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Finalmente, Protección SA en oportunidad dio contestación a la demanda oponiéndose a todos los pedimentos (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación de la actora a esa AFP y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS, por intermedio de Protección SA. Declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD y que Colpensiones tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad. Ordenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la accionante,*

*como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus frutos, rendimientos e intereses, junto con los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores que descontó a título de gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a convalidarlos en la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado que consagra la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas.*

#### *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 al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 17 de noviembre de 1963, conforme*

*se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 3 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; 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 por Colpensiones en este punto. No obstante lo anterior se entra al análisis de la condena impuesta a Colpensiones.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENAS IMPUESTAS A COLPENSIONES*

*Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se revoque la condena al pago de las costas. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de*

*gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

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

*hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

#### CONDENA EN COSTAS

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.*

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

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

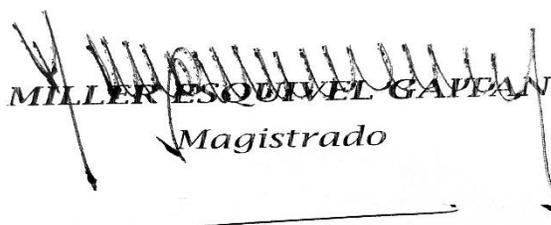
**R E S U E L V E**

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

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

**Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
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 WILSON JAIME MEDINA ROCHA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*DEMANDA*

*Wilson Jaime Medina Rocha, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Skandia y Porvenir SA, para que se declare la nulidad del traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 13 de enero de 1965; se afilió al ISS en septiembre de 1986, donde acumuló un total de 328,86 semanas hasta septiembre de 1999; se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir SA en abril de 2005; en noviembre de 2011 se trasladó a la AFP Skandia SA; los asesores de las AFP accionadas no le brindaron información completa, veraz y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen; en proyección pensional emitida por Volrisk Consultores Actuariales SAS se indicó que tendría una mesada pensional de \$3.317.628,00 en Colpensiones, mientras que la proyección emitida por la AFP Skandia SA arrojó que para el 2027 no cumpliría con el capital necesario para acceder a la prestación; el 9 de marzo de 2021 presentó reclamación ante Colpensiones solicitando su traslado con fundamento en la nulidad de su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta; solicitó a Skandia SA su traslado de régimen, pero ésta tampoco respondió.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho*

*y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica.*

*Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 9 del expediente digital). Con respecto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

*A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 6 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la proyección pensional solicitada a esta AFP la cual fue desfavorable y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

*Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar medidas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a Skandia SA; prescripción de la acción de nulidad; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia; y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 27 del expediente digital) en la*

*que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 16 de mayo de 2005, con efectividad el 1° de junio del 2005, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró que, para todos los efectos, el demandante nunca se trasladó al RAIS y, por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Skandia SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima; concediéndole el término de 30 días. Ordenó a Colpensiones a recibir los valores trasladado y a actualizar la historia laboral del demandante. Absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros SA; absteniéndose de imponer condena en costas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se condene en costas a las demandadas, toda vez que presentaron oposición a las pretensiones y fueron vencidas en juicio.*

*Skandia SA argumentó que el demandante no demostró la existencia de vicios en el consentimiento, por lo cual no es procedente declarar la nulidad del acto jurídico. Dijo que no es posible devolver los gastos de administración, ya que tienen una destinación específica, de tal suerte que esas sumas ya fueron invertidas como lo exige la ley y no se encuentran en poder de la AFP.*

*Colpensiones solicitó que se ordene la devolución total de los gastos de administración y las primas de seguro previsional.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia indicando que la afiliación del demandante se realizó de manera libre y voluntaria, adicionalmente el formulario es el medio probatorio para demostrar el consentimiento informado del demandante.*

*Skandia SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.*

*La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme parcialmente la sentencia de primera instancia y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.*

*Finalmente, Mapfre presentó alegatos solicitando que se mantenga la absolución impartida en primera 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 partes al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### 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 unas manifestaciones del tipo "los asesores de las AFP accionadas no le brindaron información completa, veraz y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro 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 negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado en 16 de mayo del 2005. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS y que, en el año 2005, al empezar trabajar en una empresa, le pasaron varios documentos para firmarlos, entre ellos el formulario de afiliación a la AFP Porvenir; sin embargo, no se encontraba ningún asesor de esa administradora. Posteriormente, al trasladarse a Skandia SA la compañía donde trabajaba los reunió y los asesores de Skandia SA le indicaron que iban a tener mejores dividendos.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “Manifiesto que luego de haber recibido asesoría amplia y suficiente sobre este tema, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de traslado al Régimen de Ahorro Individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

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

*traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y el demandante, por lo que le asiste razón a Colpensiones en su recurso, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a las AFP Skandia SA y Porvenir SA a devolver a Colpensiones las referidas sumas. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han*

---

<sup>1</sup> 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.

*debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos rubros debidamente indexados; 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 adicionará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*Bajo este entendimiento, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

#### *CONDENA EN COSTAS*

*Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de las demandadas, tal como lo petitiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso tanto Colpensiones como las AFP Skandia SA y Porvenir SA han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

“(...)

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que las demandadas Colpensiones, Skandia SA y Porvenir SA asuman el pago de las costas procesales; por lo tanto, se modificará el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones, Skandia SA y Porvenir SA al pago de las costas de primera instancia, en los porcentajes y cuantías que establezca el fallador de primer grado. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a Skandia SA en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.*

*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.-** *Adicionar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar la AFP Skandia SA a trasladar a Colpensiones, además de lo ordenado por el fallador de primer grado, lo descontado por concepto de gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

**Segundo.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los*

conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

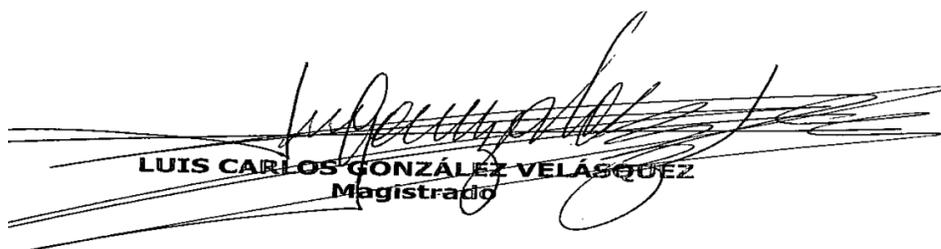
**Tercero.-** Modificar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones y a las AFP Skandia SA y Porvenir SA al pago de las costas de primera instancia.

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

**Quinto.-** Costas en esta instancia a cargo de Skandia SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
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 ROSA ESPERANZA LÓPEZ LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Oscar William Montes Urrea quien se identifica con C.C. No 1.053.836.281 y la T.P. No. 316.002 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2022, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## *A N T E C E D E N T E S*

### *DEMANDA*

*Rosa Esperanza López López, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Asimismo, se condene a Colpensiones a activar su afiliación en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado. De igual forma, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 26 de agosto de 1960; en junio de 1988 se afilió al RPMPD; en el año 2000 los asesores comerciales de la AFP Porvenir SA le ofrecieron trasladarse al RAIS; el asesor de la AFP accionada no le realizó ningún estudio ni validó su situación pensional, omitiendo suministrar información necesaria, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado; las estimaciones actuariales realizadas por la accionante en 2017 arrojan como monto de su mesada en Colpensiones la suma de \$1.777.489,00, mientras que en Porvenir SA recibiría un salario mínimo; petitionó ante Colpensiones la ineficacia de traslado, obteniendo respuesta negativa el 4 de diciembre de 2019.*

### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo B3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento*

*de la actora, su traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de la entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo A8 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 7 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 21 de julio de 2000, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 2000, por intermedio de Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora y que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones, gastos de administración, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, reactivar la afiliación de la accionante y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 100 de 1993, ya que le faltan menos de 10 años para obtener la pensión. Agregó que la actora, al absolver interrogatorio de parte, reconoció haber recibido explicación por parte del asesor de Porvenir. Dijo que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

*Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional de la accionante es válido y eficaz, ya que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento. Indicó que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico, que cumple con las exigencias legales, y contiene la manifestación sobre la selección de régimen libre, voluntaria y sin presiones. Aseguró que, para la época del traslado, no existía exigencia legal de dejar documentada la asesoría brindada de manera verbal, pues el único requerimiento era el formulario de afiliación. Agregó que la accionante incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera al no informarse sobre su situación pensional; y que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Afirmó que no es posible devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales ni el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que esto configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, aunado a que fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la buena gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos; además, dichos valores no hacen parte integrante de la pensión, por la que están afectados por el fenómeno prescriptivo. Añadió que la devolución de las sumas indexadas y de los rendimientos genera una doble condena, ya que estos conceptos resultan excluyentes. Por último, solicitó que se aplique la compensación de las sumas objeto de condena con los rendimientos generados en exceso.*

#### **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como Porvenir SA presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus recursos de apelación.*

## CONSIDERACIONES

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

### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha 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, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 62 años de edad, en tanto nació el 26 de agosto de 1960, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo A1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 21 de julio de 2000, con destino a la AFP Porvenir SA; 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 por Colpensiones 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 unas manifestaciones del tipo “el asesor de la AFP accionada no le realizó ningún estudio ni validó su situación pensional, omitiendo suministrar información necesaria, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado”, 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 parte de la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 21 de julio de 2000. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 2000 se encontraba trabajando para el Hospital Universitario San Ignacio; hasta allí llegó un asesor de Porvenir SA, quien reunió a todos los trabajadores y les manifestó que el ISS se iba a terminar, que los aportes se iban a perder, luego de eso pasó con los formularios ya diligenciados, preguntando quiénes se iban a trasladar. Reconoció que el asesor le informó sobre la cuenta de ahorro individual que estaría a su nombre y allí se depositarían sus aportes; el asesor también le dijo que los aportes podían ser heredados.*

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

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

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

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con*

*las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

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

*o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver estos valores ya que fueron descontados por disposición legal, como contraprestación por la buena gestión realizada, y no hacen parte integrante de la pensión; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus*

---

<sup>1</sup> 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.

*propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no son de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación sobre la aplicación de la compensación. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos*

*conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.*

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

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos antes señalados.*

#### *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.*

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

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

#### *R E S U E L V E*

***Primero.-*** *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo referido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

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

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

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

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OMAR ALFONSO MOLANO GARZÓN CONTRA OPERACIONES NACIONALES DE MERCADEO LTDA. - OPEN MARKET LTDA.*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

*DEMANDA*

*Omar Alfonso Molano Garzón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Open Market Ltda., para que se declare la existencia de un contrato*

*de trabajo a término indefinido, vigente del 1° de noviembre de 2007 al 7 de septiembre de 2018, el cual fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 1° de noviembre de 2007 ingresó a trabajar con la sociedad accionada, desempeñando el cargo de escolta, debiendo realizar acompañamiento, seguimiento, seguridad y vigilancia de transporte de mercancía en rutas nacionales; para el desarrollo de la labor debió disponer de un vehículo de su propiedad, arma de fuego, capacitación básica de escolta y compra de una unidad satelital; el 3 de abril de 2008 suscribió contrato denominado "contrato de prestación de servicios de acompañamiento en ruta" por el término de un año prorrogable; el 1° de marzo del 2012 la demandada hizo suscribir un contrato denominado "contrato comercial de servicios de acompañante en ruta" por el término de un año prorrogable; prestó sus servicios personales recibiendo órdenes de la sociedad accionada y desarrollando funciones como revisión de vehículos, limpieza de vehículos, mensajería, diligencias para su jefe y la empresa; laboró horas extras diurnas, nocturnas y dominicales; el 7 de septiembre de 2018 le fue terminado el contrato aduciendo doble cobro de rutas y posible adulteración de soportes; no se le dio oportunidad para presentar descargos; reclamó ante Open Market Ltda. el pago de su liquidación final, sin obtener respuesta; solicitó información ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, quien le manifestó que el servicio profesional de acompañamiento, seguimiento, seguridad y vigilancia en el transporte de mercancías no puede ser prestado por una persona natural, también le informó que la empresa demandada no cuenta con licencia de funcionamiento como empresa de vigilancia y seguridad privada.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Open Market Ltda. dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones*

*formuladas (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la prestación personal del servicio por parte del actor y la fecha de terminación del contrato; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de prestación de servicios de vigilancia y seguridad como actividad económica desarrollada por Open Market Ltda., pago, compensación, sanción moratoria cuando se demanda después del mes 25 luego de la terminación del contrato, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que se encuentran plenamente probados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, concretamente la subordinación laboral. Agregó que el contrato suscrito entre las partes es abiertamente ilegal y prohibido, por cuanto el acompañamiento, seguimiento, vigilancia y seguridad en transporte no puede ser prestado por una persona natural, sino por una persona jurídica que cuente con la respectiva licencia para prestar ese servicio, por lo que no puede concluirse que aquí se configura un caso de tercerización.*

#### **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.*

*Open Market Ltda. también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.*

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

*De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.*

#### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

*Insiste la parte demandante, a través de la alzada, en la existencia de un contrato de trabajo con Open Market Ltda., vigente del 1° de noviembre de 2007 al 7 de septiembre de 2018.*

*Para resolver lo pertinente, cumple recordar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST.*

*De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.*

*Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia del*

*contrato de trabajo quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal. Sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).*

*Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).*

*Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.*

*Fue aportado el contrato denominado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (SERVICIO DE ACOMPAÑAMIENTO EN RUTA)", suscrito por las partes el 3 de abril de 2008, en cuyas cláusulas primera y segunda se lee:*

**"PRIMERA: OBJETO:** *El presente contrato tiene por objeto que EL CONTRATISTA preste sus servicios profesionales a OPEN MARKET, de servicio de Acompañamiento y seguimiento a los vehículos en que ésta transporte mercancías, en las rutas nacionales y que OPEN MARKET le solicite en cada caso.*

**PARÁGRAFO PRIMERO.-** *En desarrollo del objeto del contrato, EL CONTRATISTA se obliga para con OPEN MARKET a:*

- 1) Brindar seguridad, protección y defensa al vehículo y a las mercancías que transporte, por encargo de EL CONTRATANTE*
- 2) Intervenir para defenderlos cuando se presenten en cualquier momento de la ruta, asaltos, intentos de robo, saqueos, etc.*
- 3) Brindar protección y las demás obligaciones que se desprendan del objeto del contrato.*
- 4) El cumplimiento de las obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral (EPS, ARP, Fondo de Pensiones). Esto para el propietario y/o conductor*
- 5) Presentar mensualmente la copia del pago o recibo de autoliquidación de aportes como cotizaciones a una EPS. Esto para el propietario y/o conductor*
- 6) Emitir facturas de conformidad con disposiciones legales vigentes y Estar inscrito ante el régimen tributario respectivo (simplificado o simple)*

**PARÁGRAFO PRIMERO. (sic) DISPONIBILIDAD.** *El CONTRATISTA estará disponible y listo a cumplir con el servicio de Acompañante, las 24 horas del día, para que el momento en que OPEN MARKET lo requiera, para iniciar la ruta que se le indique y desde el punto que se le indique y hasta el punto que igualmente se le indique.*

**PARÁGRAFO SEGUNDO.- MODALIDAD DEL CUMPLIMIENTO.** *Para cumplir con su función de acompañante, EL CONTRATISTA lo hará en un vehículo de su propiedad, manejado por él mismo, deberá ir equipado con armamento igualmente suministrado por él mismo. El vehículo que emplee en el cumplimiento de este contrato debe ser un vehículo que está en óptimas condiciones de funcionamiento, mantenimiento y de un modelo que no sea anterior a 2000.*

[...]

**SEGUNDA: ALCANCE DEL CONTRATO.** En la ejecución de ese contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a poner toda su capacidad profesional con la máxima diligencia para cumplir con su objeto y responderá hasta por la culpa leve en su ejecución, y de manera específica se obliga a lo siguiente, de conformidad con lo establecido en la cláusula primera:

1. Mantener el vehículo con el que cumple la función de Servicio de Acompañante en perfectas condiciones mecánicas y de funcionamiento en general.
2. Asumir todos los costos que implique mantener el vehículo en óptimas condiciones para cumplir con el objeto de éste contrato, tales como, reparaciones, repuestos, combustibles, lubricantes, etc.
3. Corre por cuenta de **EL CONTRATISTA** el pago de los peajes que tenga cada ruta que transite. También corre por su cuenta los gastos de alimentación y alojamiento que sean necesarios a lo largo del trayecto.
4. **EL CONTRATISTA** deberá tener su propio celular para comunicarse con **OPEN MARKET** o con el conductor del vehículo que Acompaña o con cualquier otra persona que se requiera. El costo para mantener este celular corre por cuenta de **EL CONTRATISTA**. Debe poner a disposición de **EL CONTRATANTE** el número y si es cambiado le informará a la Gerencia de Seguridad el cambio.
5. A **EL CONTRATISTA** le está prohibido viajar con algún acompañante en el vehículo, por lo que el cumplimiento de seguimiento y vigilancia de los vehículos de **OPEN MARKET** debe hacerlo de manera personal y sin ninguna clase de acompañamiento. Salvo excepciones previamente autorizadas por la Gerencia de Seguridad y Riesgo de **OPEN MARKET**.
6. **EL CONTRATISTA** quién es el propietario del vehículo será quién conduzca el mismo y le está prohibido asignar a otra persona a realizar la labor de seguimiento y vigilancia de los vehículos de **OPEN MARKET**. Salvo excepciones previamente autorizadas por la Gerencia de Seguridad y Riesgo de **OPEN MARKET**.  
[...]"

Igualmente, milita en el plenario carta de "Terminación del Contrato comercial de servicios de acompañante en ruta", adiada 7 de septiembre de 2018, por medio de la cual la sociedad accionada le comunica al promotor de la litis "la decisión que ha tomado la empresa contratante en dar por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con usted, como consecuencia del incumplimiento de la cláusula Cuarta [...]"

Obra certificación expedida por la pasiva el 13 de septiembre de 2021, en la que hace constar que "OMAR ALFONSO MOLANO GARZÓN [...] estuvo vinculado como proveedor de servicios de OPEN MARKET LTDA. desde el día 13 de abril de 2008 hasta 07 de septiembre de 2018 tiempo durante el cual nos prestó los servicios de acompañante en ruta". Adicionalmente, la representante legal de la sociedad accionada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la empresa contrata prestadores de servicio que se encargan del área de seguridad; esos contratistas hacen acompañamiento a los vehículos de la compañía por rutas nacionales y, concretamente, a las mercancías que transportan; para lo cual la empresa se comunica previamente con el contratista y, si éste no puede, contactan a otro contratista para que realice esa labor. Dijo

*que, una vez el contratista inicia la labor de acompañamiento, no puede abandonar la ruta asignada.*

*Omar Alfonso Molano Garzón, al absolver interrogatorio de parte, indicó que Open Market Ltda. lo contrató como escolta, para hacer acompañamiento a las mercancías. Agregó, que él era el propietario de las herramientas con las que prestaba sus servicios, que consistían en un automóvil y un revolver. Informó, que era experto en el manejo de armas y defensa personal, ya que anualmente se le exigía hacer el curso, el cual era costado por él mismo. Aseguró, que el área de monitoreo le asignaba el servicio que debía cumplir; que una vez le llamaron la atención porque su carro se varó; y que él mismo cubría los gastos que surgieran en los trayectos de acompañamiento (alimentación, lugar dónde dormir).*

*Se recibió el testimonio de Pablo Francisco Bolívar Triana, quien prestó sus servicios para la sociedad accionada desde el 2 de diciembre de 2000 hasta el 7 de septiembre de 2018, desempeñando el cargo de escolta de tractomula, indicó que no le consta exactamente la fecha en que el accionante inició a prestar sus servicios para esa compañía, pero más o menos fue en el 2007 o 2008; que la labor de los escoltas consistía en vigilar las tractomulas en sus recorridos por destinos nacionales; que Open Market Ltda. le exigía al demandante tener un carro modelo no inferior al año 2000, un arma y un celular disponible 24 horas. Dijo que la empresa les pagaba dependiendo de los viajes realizados, para lo cual tenía una tabla de tarifas y frente al valor de cada viaje les daba un anticipo para que pagaran combustible y peajes. Agregó que en la empresa eran 6 escoltas y les hacían una programación quincenal a cada uno de ellos; si por algún motivo (enfermedad) no podían cumplir con la programación, debían pedir permiso al jefe inmediato, el señor Gustavo Hurtado; y no podían negarse a cumplir con la programación. Aseguró que el actor fue sancionado en una o dos oportunidades, la sanción consistía en que le quitaban el viaje que tenía asignado para esa noche. Aseguró que, en ocasiones, debían cumplir funciones diferentes a las de acompañamiento de vehículo, por ejemplo, transportar cajas o pasajeros en el vehículo de su propiedad, y realizar visitas domiciliarias a personal que estaba en proceso de contratación. Manifestó, que les exigían tener curso de escolta, el cual debían costear de su bolsillo y que los 6 escoltas fueron despedidos el mismo día (7 de septiembre de 2018) por presuntamente haber realizado doble facturación.*

*El testigo Pedro Pablo Doncel Bernal, quien prestó sus servicios para la sociedad accionada desde octubre del año 2000 hasta el 6 de noviembre de 2018, desempeñando el cargo de escolta, manifestó que el demandante debía cumplir las órdenes impartidas telefónicamente por la accionada, por intermedio del área de monitoreo y de su jefe inmediato, el señor Gustavo Hurtado; que el compromiso de los escoltas era estar disponibles las 24 horas del día, los 365 días del año, porque los podían llamar en cualquier momento para acompañar una ruta. Añadió que, en ocasiones, debían cumplir funciones diferentes a las de acompañamiento de vehículo, por ejemplo, transportar mercancías o pasajeros en el vehículo de su propiedad. Dijo que a Omar Alfonso Molano Garzón lo sancionaron, de pronto por negarse a hacer algo, esta sanción consistía en no programarle rutas uno o dos días. Aseguró que el horario asignado era de noche, debían llegar entre 7:00 y 8:00 p.m. y esperar a que les asignaran el vehículo que debían acompañar, y muchas veces les daba las 4:00 o 5:00 a.m. del día siguiente para comenzar la ruta. Informó que les pagaban por cada viaje realizado y los valores dependían de las rutas; que era el accionante quien asumía los costos de alimentación y alojamiento en cada desplazamiento, y también pagaba sus cursos de manejo de armas y defensa personal. Finalmente, indicó que Open Market Ltda. no le suministró al demandante carros, motos ni armas, y que los dispositivos satelitales utilizados eran de los escoltas, no de la compañía.*

*A su turno, el testigo Jorge Enrique Marín Suárez, quien prestó sus servicios personales para la demandada como escolta desde el año 2004 hasta el 2018, afirmó que el salario del demandante dependía de la cantidad de viajes que realizara, y en ese valor estaba incluido el alquiler del vehículo y del revolver. Agregó que Molano Garzón debía pagar, de su propio bolsillo, los peajes, combustibles y alimentación que se causaran en los viajes; y para cubrir estos gastos le realizaban anticipos. Indicó que en la empresa había 6 escoltas, a unos los llamaban a las 7:00 p.m. y a otros a las 10:00 u 11:00 p.m. Aseguró que el jefe inmediato del actor era Gustavo Hurtado; que la función principal consistía en escoltar tractomulas, pero también le asignaban otras labores como llevar encomiendas, recibir y hacer empalme de mercancía. Agregó que el accionante debía estar disponible las 24 horas del día.*

*Ahora, sobre los testigos antes referidos fue propuesta la tacha al considerar viciada su credibilidad e imparcialidad, por haber promovido sendas demandas*

laborales contra la sociedad accionada, con fundamento en supuesto fácticos similares a los aquí analizados. En este punto, debe indicarse que los aludidos testigos se caracterizaron por su coherencia y claridad, sin que se evidencie parcialidad o interés indebido en su relato, entonces, no compromete la capacidad demostrativa de la prueba el que provenga de quienes han presentado reclamaciones laborales contra la pasiva, pues, ofrecen credibilidad, en tanto expresan las circunstancias fácticas que conocían y les constaban respecto del objeto de litigio en el presente proceso al ser testigos directos, por cuanto también prestaron sus servicios personales para Open Market Ltda. Así, habida cuenta que la tacha se presentó únicamente basada en la existencia de demandas laborales interpuestas por los deponentes contra la sociedad accionada, sin que existan otros elementos que verdaderamente pongan en duda la credibilidad de los testimonios, se desestima el cuestionamiento sobre los mismos y se analizarán sus declaraciones. Por el contrario, estos testigos son los llamados a dar certeza de la forma como se desarrollaron las labores encomendadas al actor, por ser compañeros en la ejecución de las mismas; aunado a que sus declaraciones coinciden en lo sustancial con lo pactado por las partes en el contrato suscrito el 3 de abril de 2008; sin que se observe contradicción entre ellos.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del demandante, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquel, quien se despoja de esa responsabilidad probatoria, siendo a la demandada Open Market Ltda. a quien corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal; lo cual no hizo, y si bien el a quo miró este aspecto no le dio la consecuencia jurídica prevista en la ley sin argumento. En efecto, si bien el demandante suscribió un contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (SERVICIO DE ACOMPAÑAMIENTO EN RUTA)”, lo cierto es que el objeto del mismo fue desarrollado careciendo de libertad y autonomía en la gestión realizada; ya que, como lo afirmaron de manera coincidente los testigos Pablo Francisco Bolívar Triana, Pedro Pablo Doncel Bernal y Jorge Enrique Marín Suárez, el actor en el desempeño de su labor, propia del área de monitoreo de la compañía, recibía órdenes e instrucciones de Gustavo Hurtado (su jefe inmediato), debía cumplir un horario impuesto, para ausentarse debía pedir permiso, no podía delegar sus labores, debía cumplir estrictamente con

*las rutas programadas y, en el evento de negarse a realizar alguna de las tareas asignadas, era sancionado.*

*Se destaca en el sub examine el rasgo personal o intuito personae, en virtud del cual Omar Alfonso Molano Garzón asumió con Open Market Ltda. una obligación susceptible de ser satisfecha exclusivamente por él mismo, sin la posibilidad de ceder, en todo o en parte, a otro u otros, la prestación de los servicios contratados por el empleador, a menos que éste manifestara categóricamente su consentimiento; tal como se expresó en la cláusula segunda, numeral 6, del contrato suscrito entre las partes, en los siguientes términos: “EL CONTRATISTA quién es el propietario del vehículo será quién conduzca el mismo y le está prohibido asignar a otra persona a realizar la labor de seguimiento y vigilancia de los vehículos de OPEN MARKET. Salvo excepciones previamente autorizadas por la Gerencia de Seguridad y Riesgo de OPEN MARKET”.*

*Otro rasgo indicador de la existencia del contrato de trabajo es la duración y continuidad de la labor desempeñada, así como la disponibilidad del trabajador. Recuérdese que el vínculo contractual estuvo vigente por más de 10 años, lapso durante el cual al trabajador se le impuso la obligación de estar disponible las 24 horas del día, como quedó consignado en el párrafo primero de la cláusula primera del contrato firmado entre las partes, y que fue corroborado con el dicho de los testigos.*

*También resulta oportuno resaltar que si bien la vinculación autónoma de una persona no prohíbe fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión y vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones en relación a la ejecución del servicio, pues “naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador” (CSJ, SL, sentencia con radicado No. 40121 del 24 de enero 2012), lo cierto es que dichas actividades no pueden desbordar su finalidad al punto de convertir la coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo. Lo anterior, porque en aquellos casos en los que esas instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor se imparten en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, a tal punto que se limite su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador, deberá entenderse que se trata de una verdadera relación de trabajo subordinada (CSJ, SL3695-2021).*

*En punto a este tema, resulta pertinente tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha compilado varios de estos indicios, los cuales, si bien no son reglas exhaustivas, se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:*

*(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

*Así, en relación con la actividad de vigilancia y acompañamiento a vehículos, que ejecutó el accionante, se acreditó en el proceso que tal labor fue subordinada, en tanto la misma se desarrolló de manera continua, en acatamiento de las órdenes impuestas por la compañía; y el trabajador se integró en la organización de la empresa, toda vez que las actividades ejecutadas eran propias del área de monitoreo.*

*De modo que, a juicio de la Sala, los elementos de convicción abordados no desvirtúan la subordinación y, por el contrario, corroboran su existencia.*

*Ahora, no pasa por alto este Colegiado que era el accionante quien suministraba las herramientas necesarias para la ejecución de su trabajo, tal como él mismo lo confesó al absolver su interrogatorio de parte. Empero, fue ésta una carga impuesta por la accionada desde el inicio de la prestación del servicio, así se lee en el párrafo segundo de la cláusula primera del contrato firmado; con lo que Open Market Ltda. no buscaba nada distinto que encubrir ante el trabajador su verdadera calidad de empleador durante la vigencia del vínculo laboral, para eludir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos derivados del contrato de trabajo. Máxime si se tiene en cuenta que el aludido contrato deviene*

*abiertamente ilegal, pues, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.6.1.1.3.1.2. del Decreto 1070 de 2015, las personas naturales no pueden prestar los servicios de escolta y vigilancia, ya que este tipo de labores necesariamente deben suministrarse a través de un servicio de vigilancia y seguridad privada.*

*Dadas las consideraciones precedentes, se dispondrá compulsar copias de la presente decisión a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, junto con el contrato suscrito entre las partes, para que, en el marco de las competencias asignadas por el Decreto Ley 356 de 1994, adelante las actuaciones que estime pertinentes.*

#### **EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO DEVENGADO**

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, se tiene que los extremos temporales del vínculo laboral que unió a las partes están delimitados por el contrato firmado y por la carta de terminación adiada 7 de septiembre de 2018, medios probatorios que permiten concluir que dicho vínculo estuvo vigente del 3 de abril de 2008 al 7 de septiembre de 2018; sin que se acredite prestación personal del servicio por parte del actor en una fecha anterior.*

*Frente al tema del salario, cumple indicar que fueron aportados los documentos denominados “desprendibles de pago”, en los que se constatan los siguientes pagos efectuados por Open Market Ltda. en favor del accionante, en vigencia del contrato de trabajo:*

<b>QUINCENA</b>	<b>SALARIO</b>
2 QUINCENA OCTUBRE 2009	\$2.770.000,00
1° QUINCENA NOVIEMBRE 2009	\$2.104000,00
2 QUINCENA NOVIEMBRE DE 2009	\$2.364.000,00
1° QUINCENA SEPTIEMBRE 2010	\$2.176.000,00
2 QUINCENA SEPTIEMBRE 2010	\$2.555.000,00
1° QUINCENA OCTUBRE 2010	\$2.509.000,00
2 QUINCENA DICIEMBRE 2010	\$1.731.000,00
2 QUINCENA ENERO 2011	\$2.667.000,00
1° QUINCENA FEBRERO 2011	\$2.265.000,00
2 QUINCENA FEBRERO 2011	\$1.574.000,00
1° QUINCENA MARZO 2011	\$2.488.000,00
2 QUINCENA MARZO 2011	\$2.710.000,00
2 QUINCENA ABRIL 2011	\$1.535.000,00
2 QUINCENA MAYO 2011	\$2.468.000,00
1° QUINCENA JUNIO 2011	\$2.558.000,00
2 QUINCENA JUNIO 2011	\$2.246.000,00

1° QUINCENA AGOSTO 2011	\$1.994.000,00
1° QUINCENA SEPTIEMBRE 2011	\$2.705.000,00
2 QUINCENA SEPTIEMBRE 2011	\$2.406.000,00
1° QUINCENA OCTUBRE 2011	\$2.293.000,00
2 QUINCENA OCTUBRE 2011	\$2.246.000,00
1° QUINCENA DICIEMBRE 2011	\$2.498.000,00
2 QUINCENA DICIEMBRE 2011	\$1.644.000,00
1° QUINCENA ENERO 2015	\$2.112.000,00
2 QUINCENA ENERO 2015	\$3.228.000,00
2 QUINCENA FEBRERO 2015	\$3.228.000,00
1° QUINCENA MARZO 2015	\$3.050.000,00
2 QUINCENA MARZO 2015	\$3.329.000,00
1° QUINCENA ABRIL 2015	\$2.842.400,00
2 QUINCENA ABRIL 2015	\$3.311.000,00
1° QUINCENA MAYO 2015	\$2.842.400,00
2 QUINCENA MAYO 2015	\$2.562.400,00
2 QUINCENA JUNIO 2015	\$2.975.000,00
1° QUINCENA JULIO 2015	\$2. 609..800,00
2 QUINCENA JULIO 2015	\$3.022.400,00
1° QUINCENA AGOSTO 2015	\$2.792.400,00
2 QUINCENA AGOSTO 2015	\$2.792.400,00
1° QUINCENA SEPTIEMNRE 2015	\$3.022.400,00
2 QUINCENA SEPTIEMBRE 2015	\$3.022.400,00
1° QUINCENA ORTUBRE 2015	\$2.792.400,00
2 QUINCENA OCTUBRE 2015	\$3.205.000,00
1° QUINCENA NOVIEMBRE - 2015	\$ 2.562.400,00
2° QUINCENA NOVIEMBRE - 2015	\$ 2.792.400,00
1° QUINCENA DICIEMBRE - 2015	\$ 2.792.400,00
2° QUINCENA DICIEMBRE - 2015	\$ 1.991.400,00
1° QUINCENA ENERO - 2016	\$ 1.507.200,00
2° QUINCENA ENERO - 2016	\$ 3.069.800,00
1° QUINCENA FEBRERO - 2016	\$ 3.133.400,00
1° QUINCENA MARZO - 2016	\$ 3.021.800,00
1° QUINCENA ABRIL - 2016	\$ 3.143.200,00
1° QUINCENA MAYO - 2016	\$ 2.664.800,00
1° QUINCENA AGOSTO - 2016	\$ 2.904.000,00
2° QUINCENA AGOSTO - 2016	\$ 3.233.900,00
1° QUINCENA NOVIEMBRE - 2016	\$ 2.614.900,00
2° QUINCENA NOVIEMBRE - 2016	\$ 2.993.800,00
2° QUINCENA DICIEMBRE - 2016	\$ 2.565.600,00
2° QUINCENA ENERO - 2017	\$ 3.233.900,00
1° QUINCENA FEBRERO - 2017	\$ 3.109.800,00
2° QUINCENA FEBRERO - 2017	\$ 2.614.900,00
1° QUINCENA MARZO - 2017	\$ 2.994.700,00
2° QUINCENA MARZO - 2017	\$ 2.540.100,00
1° QUINCENA ABRIL - 2017	\$ 1.641.600,00
2° QUINCENA ABRIL - 2017	\$ 2.425.000,00
1° QUINCENA MAYO - 2017	\$ 2.425.000,00
2° QUINCENA MAYO - 2017	\$ 2.664.200,00
1° QUINCENA JUNIO - 2017	\$ 2.727.150,00
2° QUINCENA JUNIO - 2017	\$ 2.355.250,00
1° QUINCENA JULIO - 2017	\$ 3.071.562,00
2° QUINCENA JULIO - 2017	\$ 2.546.700,00

1° QUINCENA SEPTIEMBRE - 2017	\$ 2.797.900,00
1° QUINCENA OCTUBRE - 2017	\$ 2.546.700,00
2° QUINCENA OCTUBRE - 2017	\$ 2.295.500,00

Entonces, se tomarán estos valores como los salarios devengados por el actor, y en aquellos periodos en que no se acreditó pago, se apreciará el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, dada la prohibición legal de un pago inferior para quienes laboren tiempo completo; lo que arroja los siguientes promedios anuales:

<b>Año</b>	<b>Salario Mensual</b>
2008	\$ 461.500,00
2009	\$ 736.454,54
2010	\$ 803.042,08
2011	\$ 1.607.658,79
2012	\$ 566.700,00
2013	\$ 589.500,00
2014	\$ 616.000,00
2015	\$ 2.673.696,46
2016	\$ 1.659.055,46
2017	\$ 1.995.571,46
2018	\$ 781.242,00

### PRESCRIPCIÓN

Ahora, frente a la excepción de prescripción propuesta por la llamada a juicio, debe indicarse que es criterio de esta Sala que, en casos como el aquí debatido, donde se discute la naturaleza de la vinculación del demandante con Open Market Ltda., la prescripción empieza a contarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara que los servicios personales estuvieron regulados por un contrato de trabajo, pues es desde este momento que el trabajador o ex trabajador, puede exigir el reconocimiento y pago de los derechos sociales causados por dicha vinculación, ya que obviamente antes de esa declaratoria no podía exigirlos debido a que la vinculación era de carácter civil, y es que los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS son de una claridad meridiana al rotulado que la prescripción se contará " desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible" . Vale traer a cuento lo dilucidado por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2009 con radicación No. 3074-05, reiterada en la del 22 de noviembre de 2012, expediente 25000-23-25-000-2003-00839-01 con referencia 1165-2010, expresó sobre el particular:

*“En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.*

*Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de los derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.*

*Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.*

*Es así como reitera la Sala que la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados son exigibles a partir de la sentencia constitutiva del derecho y su exigibilidad se determina desde la ejecutoria de dicha providencia.”*

*Así las cosas, de conformidad con el criterio asumido por esta Sala de Decisión, dado que el vínculo que unió a las partes finalizó el 7 de septiembre de 2018, que la reclamación se presentó el 29 de octubre de 2018 y la demanda se radicó el 11 de diciembre de 2020, es dable concluir que los derechos laborales aquí reclamados no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a cuantificar cada una de las acreencias laborales reclamadas por el actor.*

#### *AUXILIO DE CESANTÍAS*

*El artículo 249 de CST ordena a todo empleador a pagar a sus trabajadores, un mes de salario por cada año de servicios o proporcional; por lo cual Open Market Ltda. adeuda, por este concepto, la suma de \$12.127.258,72.*

#### *INTERESES A LAS CESANTÍAS*

*Conforme lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador está obligado a pagar al trabajador el 12% anual sobre el valor de las cesantías por concepto de interés, dentro del plazo previsto por la Ley 52 de 1975, esto es a más tardar el 31 de enero de periodo siguiente.*

*Así las cosas, la parte demandada adeuda al demandante por este concepto la siguiente suma \$1.205.302,00.*

#### *PRIMAS DE SERVICIO*

*El artículo 306 del CST establece como prestación a favor de los trabajadores una prima se de servicios, que equivale a un salario adicional anual y que se debe pagar al trabajador de forma semestral, en julio y diciembre de cada anualidad, las cuales no aparecen canceladas y por ello se adeuda al trabajador la suma de \$10.300.233,00.*

#### *COMPENSACIÓN EN DINERO DE VACACIONES*

*El artículo 186 del CST dispone que por los servicios prestados al término de un año el trabajador tendrá derecho a que se le concedan 15 días hábiles de descanso remunerado, periodos que el demandante no disfrutó al estar al servicio de la demandada y por lo cual se le adeudan como compensación en dinero la suma de \$5.853.163,00, suma que se ordenará cancelar debidamente indexada.*

#### *INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO*

*Solicita la parte actora el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto. Cumple, entonces, precisar que está demostrado el hecho del despido, por manera que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.*

*E el caso de autos, la determinación de Open Market Ltda. de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 7 de septiembre de 2018; allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:*

*[...] la decisión que ha tomado la empresa contratante en dar por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con usted, como consecuencia del incumplimiento de la cláusula Cuarta que indica:*

*... "Por otra parte, el contratista se obliga a:*

*3. Brindar protección y las demás obligaciones que se desprendan del objeto del contrato.*

*4. Emitir facturas o cuentas de cobro, de conformidad con disposiciones legales vigente y Estar inscrito ante el régimen tributario respectivo (simplificado o común)"...*

De igual manera la cláusula séptima nos indica:

... “EL CONTRATANTE podrá terminarlo unilateralmente, sin preaviso y sin lugar al pago de ninguna indemnización o suma adicional, en los siguientes casos: 1) **Cuando considere que EL CONTRATISTA ha incumplido de manera grave sus obligaciones contractuales**”...

La anterior decisión es tomada con base a las irregularidades presentadas por el cobro de servicios no realizados, doble cobro de rutas y posible adulteración de soportes de pago”.

Corresponde entonces entrar a determinar si la sociedad accionada, a quien le correspondía el deber de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

En este orden, verifica la Sala que no se aportó ningún medio probatorio que dé cuenta de la ocurrencia de las causales invocadas en la carta de terminación del contrato de trabajo. En efecto, los hechos enrostrados al demandante tienen que ver con presuntamente haber cobrado servicios no realizados, haber efectuado doble cobro de rutas y una posible adulteración de soportes de pago; sin embargo, dichos cobros y soportes brillan por su ausencia en el sub examine.

Corolario de lo anterior, al no encontrarse acreditada la justeza del despido, se condenará a Open Market Ltda. a pagar al accionante la suma de \$5.692.939,39, como indemnización por despido injusto, con fundamento en lo señalado en el literal a), numeral 2, del artículo 64 del CST.

#### INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás acerca de que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales, o en la no consignación de las cesantías, lo exonera de la

*indemnización moratoria. Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma -art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".*

*Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (artículo 55 del CST), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes, sino que es, como bien lo define el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en su Curso de Derecho Laboral, la buena fe lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. "Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Conlleva la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción", destacando que este principio alcanza a ambas partes del contrato y no sólo a una de ellas.*

*Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que, bajo las circunstancias analizadas, al declarar la existencia del contrato de trabajo en el presente proceso, no se puede tener como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales del actor la convicción de estar ejecutando un contrato de naturaleza civil.*

*De lo que se colige, que el actuar de la pasiva desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneradora de los derechos del trabajador, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar del pago de las mentadas indemnizaciones, al ser obligación de la demandada realizar el pago completo de los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del vínculo laboral, así como la de consignar el auxilio de cesantías en un fondo, y no lo hizo.*

*Para la Sala es clara la intención de Open Market Ltda. de encubrir ante el trabajador su verdadera calidad de empleador durante la vigencia del vínculo laboral, para eludir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos derivados del contrato de trabajo. Es inadmisibles que unos servicios personales, que a todas luces corresponden a un contrato de trabajo, se asuma que se prestaron bajo un contrato de carácter civil, por el prurito de desconocer los derechos laborales.*

*En este orden de ideas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, la Sala obtuvo por concepto de sanción por no consignación de cesantías en un fondo la suma de \$130.000.135,82, como a continuación se detalla:*

Año	Periodo		No. Días de Sanción	Sanción	Total
2008	16/02/2009	15/02/2010	360	\$ 15.383,33	\$ 5.538.000,00
2009	16/02/2010	15/02/2011	360	\$ 24.548,48	\$ 8.837.454,50
2010	16/02/2011	15/02/2012	360	\$ 26.768,07	\$ 9.636.505,00
2011	16/02/2012	15/02/2013	360	\$ 53.588,63	\$ 19.291.905,50
2012	16/02/2013	15/02/2014	360	\$ 18.890,00	\$ 6.800.400,00
2013	16/02/2014	15/02/2015	360	\$ 19.650,00	\$ 7.074.000,00
2014	16/02/2015	15/02/2016	360	\$ 20.533,33	\$ 7.392.000,00
2015	16/02/2016	15/02/2017	360	\$ 89.123,22	\$ 32.084.357,50
2016	16/02/2017	15/02/2018	360	\$ 55.301,85	\$ 19.908.665,50
2017	16/02/2018	7/09/2018	202	\$ 66.519,05	\$ 13.436.847,82
<b>Total Indemnización por no pago cesantías</b>					<b>\$ 130.000.135,82</b>

*En lo que respecta a la forma de liquidar la indemnización moratoria, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que la misma consistirá en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen*

*esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido; indemnización que debe estar en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, en la que precisó:*

*“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”*

*Entonces, teniendo en cuenta que el vínculo laboral finalizó el 7 de septiembre de 2018 y que el salario devengado por el actor equivalía al mínimo legal mensual vigente, el cual a la finalización del vínculo ascendía a \$781.242,00 y fue del último año; resulta procedente condenar al pago de un día de salario por cada día de retardo, esto es, \$26.041,00 diarios a partir del 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos.*

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

#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Revocar la decisión absolutoria de primer grado para, en su lugar, declarar que entre Omar Alfonso Molano Garzón y Open Market Ltda. existió un contrato de trabajo vigente del 3 de abril de 2008 al 7 de septiembre de 2018, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de escolta.*

**Segundo.-** *Declarar no probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo considerado.*

**Tercero.-** *Condenar a Open Market Ltda. a pagar a favor del demandante las siguientes sumas:*

- a. \$12.127.258,72 por concepto de auxilio de cesantías.*

- b. \$1.205.302,00 por intereses a las cesantías.
- c. \$10.300.233,00 por concepto de primas de servicio.
- d. \$5.853.163,00 como compensación en dinero de las vacaciones, suma que deberá pagarse debidamente indexada.
- e. \$5.692.939,39 por concepto de indemnización por despido injusto, suma que deberá pagarse debidamente indexada.
- f. \$130.000.135,82 por concepto de sanción por no consignación de cesantías en un fondo.

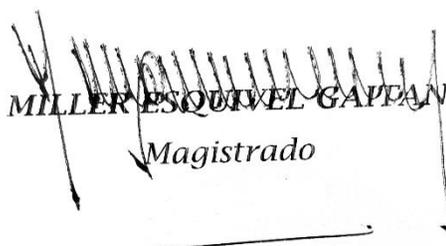
**Cuarto.-** Condenar a Open Market Ltda. a pagar al accionante, a título de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, la suma diaria de \$26.041,00, a partir del 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos.

**Quinto.-** Absolver a la accionada de las restantes pretensiones formuladas en su contra.

**Sexto.-** Por secretaría, remítanse copias de la presente decisión a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, junto con el contrato suscrito entre las partes, para que, en el marco de las competencias asignadas por el Decreto Ley 356 de 1994, adelante las actuaciones que estime pertinentes.

**Séptimo.-** Costas de las instancias a cargo de la sociedad demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 1.200.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GAFFAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

Salvo voto

  
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 JESÚS HERNANDO HERNÁNDEZ ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.*

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

*DEMANDA*

*Jesús Hernando Hernández Rojas, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones el capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados y reactivar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resuelva probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: inició sus aportes a pensión en el RPMPD; en septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Davivir, hoy Protección SA; los asesores de la AFP Protección SA no le brindaron información respecto de las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, tampoco le informó sobre su derecho de retracto; solicitó a Protección SA la declaratoria ineficacia de su afiliación, la copia de su formulario de afiliación y una proyección pensional; en respuesta, la AFP accionada le indicó que no era procedente la ineficacia y le remitió el formulario solicitado; el 21 de junio de 2021 reclamó ante Colpensiones la activación de su afiliación en el RPMPD, obteniendo respuesta negativa; Protección SA informó que su mesada pensional en el RPMPD sería de \$1.618.712,00, mientras que en el RAIS equivaldría a \$908.526,00.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación inicial del actor al RPMPD y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de*

2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Protección SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor al RAIS, la reclamación presentada, la respuesta negativa obtenida y la proyección pensional; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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 genérica.

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 10 de septiembre de 1999, por intermedio de la AFP Protección SA. Condenó a la AFP Protección SA a devolver a Colpensiones los aportes recibidos, junto con rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a aceptar los dineros trasladados y a activar la afiliación del accionante en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones; condenando en costas a Protección SA.

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la carga de la prueba no puede recaer exclusivamente en la AFP demandada, pues el demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que firmaba. Dijo que Colpensiones es un tercero de buena fe y que la negativa de recibir nuevamente al accionante se basa exclusivamente en el cumplimiento de un deber legal. Por último, aseguró que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.*

*Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.*

## CONSIDERACIONES

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

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por*

*ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la buena fe de Colpensiones, la sostenibilidad financiera del sistema, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de*

*afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada,*

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

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

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

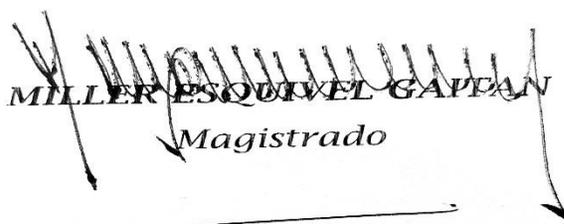
**R E S U E L V E**

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

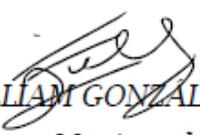
**Segundo.-** *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

**Tercero.-** *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GALDAN  
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 LUZ MARINA GUTIÉRREZ BALAGUERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Cindy Julieth Villa Navarro quien se identifica con C.C. No 1.129.580.577 y la T.P. No. 219.991 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Luz Marina Gutiérrez Balaguera, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y cuotas de administración. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 30 de agosto de 1964; se afilió a Cajanal, donde realizó cotizaciones desde el 7 de febrero de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1998; se trasladó al RAIS a finales de 1998; al momento del traslado el asesor de Porvenir SA no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre ambos regímenes; Porvenir SA realizó una simulación pensional, ofreciéndole una mesada de un salario mínimo; realizó una simulación pensional en el RPMPD, donde obtendría una mesada de \$2.314.610,00; presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de*

*la actora, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 6 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 12 de noviembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de enero de 1999, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos causados y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, así como gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional; debidamente indexados, sin deducción alguna por gastos de traslado; concediéndole el término de un mes. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la accionante en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA solicitó que se revoque de manera parcial la decisión*

*recurrida, aduciendo que no es posible devolver los gastos de administración, los cuales se causaron por la buena gestión realizada, además, estos valores no están destinados a financiar la pensión, por lo que están afectados por el fenómeno prescriptivo. Dijo que la devolución de las sumas indexadas y de los rendimientos genera una doble condena, ya que estos conceptos resultan excluyentes.*

*Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen pensional de la actora se realizó de manera libre, voluntaria, sin presiones y con el cumplimiento de todas las exigencias legales vigentes para la época. Aseguró que es un tercero de buena fe y que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación, además de indicar que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.*

*Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, aduciendo que no se probó ningún vicio en el consentimiento, por lo que el traslado de régimen pensional es plenamente válido.*

*La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme 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 al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENAS IMPUESTAS A COLPENSIONES*

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, la devolución de los gastos de administración, las sumas indexadas y los rendimientos, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos*

*de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, ya que se causaron por la buena gestión realizada y tienen una destinación específica; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, 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 la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás*

*emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

**R E S U E L V E**

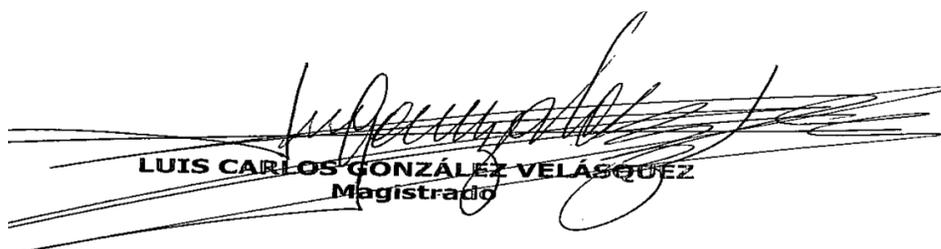
**Primero.-** *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido por el a quo; conforme a lo considerado.*

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

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

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RODOLFO VEGA LLAMAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

*DEMANDA*

*Rodolfo Vega Llamas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Skandia SA, para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, realizado el 26 de noviembre de 1998, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a las AFP demandadas a devolver a Colpensiones todos los aportes recibidos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 10 de octubre de 1953; se afilió al ISS en mayo de 1985; es beneficiario del régimen de transición; el 26 de noviembre de 1998 fue trasladado a Porvenir SA; el 9 de septiembre de 1999 se trasladó a Colpatria; el 8 de febrero del 2006 se afilió a Old Mutual, hoy Skandia SA; las asesoras de las AFP le indicaron que en el RAIS tendría mejores garantías, sin embargo, no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de uno u otro régimen; en el 2018 solicitó a las AFP accionadas la nulidad de su afiliación; Skandia SA le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2015; el 20 de octubre de 2018 radicó ante Colpensiones solicitud de su traslado, la cual fue rechazada.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

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

*Skandia SA contestó en término, oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de*

*nacimiento del actor, la fecha de traslado a esta AFP y el reconocimiento pensional; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de integración de litisconsortes necesarios, inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada - reconocimiento pensional, compensación y pago, y la genérica.*

*Finalmente, por auto del 5 de febrero de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir SA, al no haber subsanado los yerros señalados.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 39 del expediente digital), en la que absolvió a las accionadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que las AFP accionadas incumplieron con el deber de información, ocasionándole un perjuicio, el cual está plenamente probado. Agregó que, el hecho de estar pensionado no le impide acceder a la reparación por el daño ocasionado.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia solicitando que se condene al pago de los perjuicios materiales y morales causados, como consecuencia de las diferencias en las mesadas pensionales generadas en uno y otro régimen.*

*Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia peticionando que se confirme la decisión de primer grado.*

### 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 el demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA CALIDAD DE PENSIONADO*

*Se encuentra acreditado dentro del proceso que el 26 de noviembre de 1998 el accionante suscribió el formulario de vinculación a la AFP Porvenir SA. De igual manera, está probado que a partir del 1° de noviembre de 2015 Skandia SA reconoció a Rodolfo Vega Llamas una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado.*

*Así, el problema jurídico a resolver se circunscribe en verificar si es viable declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por el actor, pese a que éste ostenta la calidad de pensionado en el RAIS.*

*Para resolver el interrogante, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, entre otras razones, porque ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:*

*“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*

*Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.*

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.*

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La*

---

<sup>1</sup> SL1688-2019, SL3464-2019

*pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.”*

*La anterior tesis ha sido reafirmada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL1498-2022, SL1496-2022, SL1497-2022, SL959-2022 y SL3871-2021.*

*No sobra agregar que el alto Tribunal ha enseñado que, el pensionado que considera que la AFP incumplió el deber de información que le correspondía, puede reclamar la reparación de perjuicios que logre demostrar a través de la respectiva acción indemnizatoria, como lo explicó en sentencia en CSJ SL3871-2021:*

*“Por tanto, el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.*

*Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.*

*Así, para la Corte no hay duda de que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos.*

*Para cerrar, conviene mencionar que el planteo de la exclusividad de la acción indemnizatoria esgrimido por el Tribunal podría tener lugar cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021). No obstante, cuando se trata del afiliado es claro que el mecanismo adecuado es la acción de ineficacia, sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.”*

*Es cierto que los medios de convicción obrantes en el plenario no permiten ultimar que la AFP demandada, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional del promotor de la litis, hubiese cumplido con el deber de información que le correspondía. Pese a ello, no es posible retrotraer esa condición para restituir la*

*vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida porque, tratándose de un pensionado, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, pero como ello no fue propuesto por el demandante desde el inicio de la acción, la Sala no puede abordar ese análisis, en razón del respeto al derecho de defensa y contradicción del extremo pasivo, que sólo planteó su oposición frente a la súplicas de ineficacia y las consecuencias que de allí se desprenden.*

*En otras palabras, como la reclamación por perjuicios fue planteada en esta instancia, tal pedimento resulta nuevo dentro del proceso, por lo que incluirlo dentro de la controversia en este momento procesal, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Proceder en contra de dicho principio implica la vulneración del derecho de defensa de los demandados, sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en atención a las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (artículo 50 del CPT y SS).*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.*

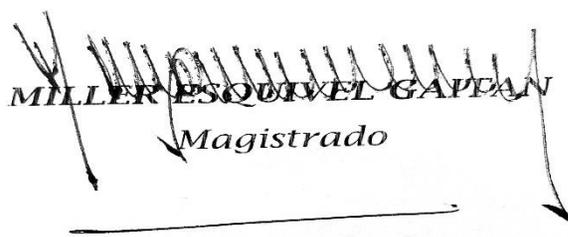
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

#### **R E S U E L V E**

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

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FELIPE JORGE FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Jheisson Santiago Garzón Piamonte quien se identifica con C.C. No 1.018.435.921 y la T.P. No. 277.810 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Felipe Jorge Fernández Hernández, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos. Asimismo, se condene a Porvenir SA a pagar las costas del proceso, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 16 de febrero de 1958; inició sus cotizaciones en el ISS, hoy Colpensiones, en marzo de 1985, donde cotizó hasta el 15 de septiembre de 1997 un total de 601,14 semanas; se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, el 15 de septiembre de 1997 a raíz de una reunión que realizaron los asesores de esta AFP, quienes le informaron que el ISS iba a quebrar y que en el RAIS tendría mayores beneficios; solicitó ante Colpensiones su traslado de régimen, obteniendo como respuesta que debía realizar la solicitud al fondo que promovió el traslado; realizó dos peticiones ante Porvenir SA, las cuales fueron negadas; en proyección pensional recibida por parte de la AFP accionada se le informó que su mesada sería de \$2.022.400,00, mientras que en Colpensiones el monto ascendería a más del 50%.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, las semanas cotizadas en esa administradora y la reclamación presentada; sobre*

*los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización el sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica.*

*Porvenir SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 16 de septiembre de 1997, con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1997, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración; debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a recibir todas las sumas trasladadas por Porvenir SA, a reactivar la afiliación del demandante y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que correspondía al accionante demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, lo cual no hizo. Dijo que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y menos en personas que han realizado traslados horizontales entre AFP, como es el caso del actor.*

*Aseguró que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema; y que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar un registro documental de la información suministrada.*

*Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional del actor fue válido y eficaz, y no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento. Afirmó que la ignorancia de la ley no es excusa; que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico, que no fue tachado y además contiene la declaración de selección libre, espontánea y sin presiones, por lo que no se le puede restar valor probatorio, como tampoco al interrogatorio de parte rendido por el actor. Agregó que el accionante ratificó su voluntad con el traslado horizontal efectuado en 1999. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, porque esto generaría enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Afirmó que el traslado de régimen se dio con el cumplimiento de los requisitos vigentes para la época. Por último, solicitó que se compensen las condenas impuestas con los rendimientos financieros causados que excedan los máximos fijados por la ley.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.*

*La parte actora también presentó alegatos en esta instancia insistiendo en que la AFP accionada incumplió con su deber legal de demostrar que efectivamente brindó toda la información.*

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

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

## 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.*

*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 Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 15 de septiembre de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que se trasladó a Porvenir SA el 15 de septiembre de 1997 y que, previo a ello, los asesores de la AFP demandada le manifestaron que sus cotizaciones estarían en riesgo en el ISS*

*pues esa entidad se iba a liquidar y que en Porvenir recibiría una mejor pensión y se podría pensionar cuando él quisiera, o también podría retirar su dinero.*

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

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Colpensiones en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por los traslados horizontales efectuados entre administradoras del RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de la voluntad del actor de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 15 de septiembre de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Colpatria, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

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

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

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

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

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue a la juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como*

*la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las demandadas relativas a que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y que la ignorancia de la ley no es excusa; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

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

*traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, debido a que tal devolución generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus*

---

<sup>1</sup> 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.

*propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no se acoge el argumento expuesto por Porvenir SA en su recurso sobre la compensación de sumas. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; 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 en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta*

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

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

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

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

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

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

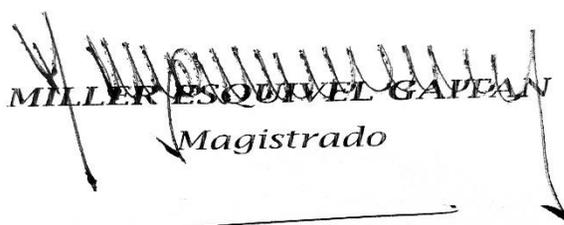
RESUELVE

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

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

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

Notifíquese y cúmplase, una vez ejecutoriada la sentencia devuélvase al juzgado de origen.

  
MILLER ESQUIVEL GATTÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado