

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 LETICIA NIÑO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

**DEMANDA**

*Leticia Niño, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la UGPP para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente supérstite de Luis Antonio del Carmen Mora Villamil, a partir del 20 de marzo de 2018; junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Luis Antonio del Carmen Mora Villamil nació el 21 de agosto de 1936, a quien le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución N° 7164 del 8 de marzo de 1993, en cuantía inicial de \$73.301,00, efectiva a partir del 1° de octubre de 1991; Mora Villamil falleció el 20 de marzo de 2018; la actora convivió con el causante, compartiendo techo, lecho y mesa, desde el 25 de noviembre de 2011 hasta el momento del deceso; mediante Resolución RDP 001754 del 23 de enero de 2019 la UGPP negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante; decisión confirmada a través de los actos administrativos RDP 005653 del 21 de febrero de 2019 y RDP 006140 de 25 de febrero de 2019.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la UGPP en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 176 a 194); en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionado del causante, la fecha de su deceso, y la negativa a reconocer la prestación pensional; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, y la innominada o genérica.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 68), en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; condenando en costas a la accionante.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que sí logró probar que la convivencia con el causante inició en el año 2011 o 2012; aunado a que fue la accionante quien lo cuidó en su*

*enfermedad y le dispensó los cuidados que necesitaba. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la UGPP también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, toda vez que la accionante no acreditó un mínimo de 5 años de convivencia con el de cujus.*

#### *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 actora al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*

*En el presente caso no está en discusión que mediante Resolución N° 7164 del 8 de marzo de 1993 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a Luis Antonio del Carmen Mora Villamil una pensión de jubilación, en cuantía inicial de \$73.301,81, efectiva a partir del 1° de octubre de 1991; cuyo pago posteriormente fue asumido por la UGPP; según se colige de la documental que obra en el expediente administrativo (C.D. fl. 68). De igual manera, se encuentra acreditado que Mora Villamil falleció el 20 de marzo de 2018, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 19); y que a través de Resoluciones RDP 001754 del 23 de enero de 2019, RDP 005635 del 21 de febrero de 2019 y RDP 006140 del 25 de febrero de 2019 la UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la aquí reclamante, al considerar que no acreditó un mínimo de 5 años de convivencia con el pensionado fallecido.*

*Así las cosas, conforme al alcance de la apelación interpuesta por la demandante, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Leticia Niño cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento del señor Luis Antonio del Carmen Mora Villamil.*

*Pues bien, considerando la data del deceso del causante (20 de marzo de 2018), es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:*

***“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.*** *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte [...].”*

*Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.*

*De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaran más de 30 años de edad y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.*

*Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso de Luis Antonio del Carmen Mora Villamil, la actora acreditaba más de 30 años de edad, teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento es el 25 de noviembre de 1957, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía, obrante en el expediente administrativo (C.D. fl. 68); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la demandante.*

*Obra en el expediente declaración juramentada suscrita por el causante y la señora Luz Marina Barón Guzmán el 18 de febrero de 2014, en la que manifiestan que*

*“convivimos en unión marital de hecho compartiendo techo, lecho y mesa de forma continua y vigente desde hace un año”, “residentes actualmente en Carrera 81 J No. 57 C-07 Sur Barrio Vegas de Santa Ana de la ciudad de Bogotá”.*

*También fue aportada declaración extraproceso firmada por el pensionado fallecido y la aquí demandante el 26 de febrero de 2018, en la que indican que “convivimos en unión marital de hecho y en forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa hace 4 años, desde el mes de Junio de 214 y continuamos conviviendo como pareja”, “residenciados en la Carrera 81J No. 57 C 07 Sur barrio Vegas de Santana Kennedy”.*

*Asimismo, fue allegada la declaración extrajudicial de Doris Dávila Vélez, fechada 31 de enero de 2019, en la que asegura “que conocí de vista, trato y comunicación por espacio de seis (06) años a quien en vida respondía al nombre de LUIS ANTONIO DEL CARMEN MORA VILLAMIL [...] Por este conocimiento personal y directo puedo decir que hasta el momento de su fallecimiento vivió en unión marital del hecho con la señora LETICIA NIÑO [...] Tengo conocimiento que la señora LETICIA NIÑO estuvo al lado de su compañero permanente, conviviendo y compartiendo techo, mesa y lecho desde el día veintiocho (28) de febrero del año dos mil doce (2012), sin interrupción y hasta el día de su fallecimiento, ocurrido en la ciudad de Bogotá, Departamento de Cundinamarca, el día veinte (20) de Mayo del año dos mil dieciocho (2018)”.*

*También milita en el plenario el informe técnico de investigación realizado por Cosinte Ltda., con sus respectivos anexos, entre los que se destaca la grabación de la entrevista realizada a la actora. En dicha entrevista Leticia Niño reconoció que la convivencia con el causante “duró 4 años”, desde junio de 2014 hasta el 20 de marzo de 2018.*

*Se recibió el testimonio de Diana Marcela Aguirre Escobar, quien conoce a la accionante hace más o menos 12 años, e indicó que el causante y Leticia Niño eran compañeros permanentes, aunque primero tuvieron un noviazgo y luego sí se fueron a vivir juntos. Agregó que la convivencia inició aproximadamente en el año 2012 y nunca se separaron. Indicó que fue la demandante quien cuidó a Mora Villamil en su enfermedad, hasta que éste falleció como consecuencia de un cáncer.*

*Por su parte, la testigo Belén Escobar Cárdenas, quien dijo conocer a la accionante desde el 2014, aseguró que ésta y el causante convivían como pareja, que nunca*

*se separaron. Añadió que fue Leticia Niño quien cuidó al pensionado fallecido en su enfermedad y estuvo con él hasta el momento del deceso.*

*De los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que Leticia Niño no logró demostrar los 5 años de convivencia con el causante, en los términos exigidos por la norma antes citada para ser beneficiaria del derecho prestacional pretendido, como acertadamente lo concluyó el juez de primera instancia. En efecto, quedó demostrado que, entre febrero de 2013 y febrero de 2014, Luis Antonio del Carmen Mora Villamil convivió con la señora Luz Marina Barón Guzmán en la “Carrera 81 J No. 57 C-07 Sur Barrio Vegas de Santa Ana de la ciudad de Bogotá”, misma dirección en la que inició su convivencia con la aquí demandante en junio de 2014, conforme se establece en las declaraciones extraproceso firmadas tanto por el pensionado fallecido como por las referidas señoras. Circunstancia que se corrobora con lo aceptado por la promotora de la Litis en la entrevista realizada por Cosinte Ltda. en el marco de la investigación administrativa, en la que, de manera contundente, afirmó que la convivencia con Mora Villamil “duró 4 años”, desde junio de 2014 hasta el 20 de marzo de 2018; lo que, además, está en consonancia con el testimonio de Belén Escobar Cárdenas.*

*Lo anteriormente expuesto le resta total credibilidad al testimonio de Diana Marcela Aguirre Escobar, toda vez que los medios probatorios previamente analizados, particularmente lo aceptado por la accionante, dan cuenta de una convivencia que perduró solamente 4 años, y no 6, como lo afirma la mencionada testigo.*

*En consecuencia, 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 demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

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 VÍCTOR ARNULFO YUNDA MUÑOZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce 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**

*Víctor Arnulfo Yunda Muñoz, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En*

*consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, así como cualquier otro concepto recibido con motivo de su afiliación, como las cuotas de administración; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales, a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 66 y 67 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 8 de enero de 1959; el 1° de octubre de 2001, sin que mediara consentimiento informado, fue trasladado a Porvenir S.A.; dicho traslado se realizó sin que la AFP accionada le brindara información clara, suficiente y oportuna.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 234 a 247); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; 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, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 206 a 221); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 271), en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante con destino a Porvenir S.A. Declaró que el actor siempre ha estado afiliado a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir S.A.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumenta que el traslado de régimen pensional del actor se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época. Agregó que el accionante incumplió el deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, lo cual conlleva a no ser beneficiario de su propia culpa o negligencia; y que la única motivación de este proceso es su inconformidad respecto del monto de una eventual pensión en el RAIS. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

*Colpensiones apeló la decisión de primer grado afirmando que es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el accionante y Porvenir S.A., por lo que no debe ser condenado a recibir como afiliado a Yunda Muñoz, ya que esto afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema. Indicó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Solicita que, en caso de mantenerse la declaratoria de ineficacia, se adicione la sentencia de primer grado y se ordene la devolución de todos los aportes recibidos, junto con lo descontado por concepto de gastos de administración, garantía de pensión mínima, seguro previsional y rendimientos financieros. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta 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 de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### *ACLARACIÓN PREVIA*

*Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 62 años de edad, según se infiere de la información contenida en su historia laboral; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 27 de agosto de 2001, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN*

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

*efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el traslado de régimen pensional se realizó sin que la AFP accionada le brindara información clara, suficiente y oportuna”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

*todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 27 de agosto de 2001. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en el año 2001 llegó un asesor de Porvenir S.A. a la empresa donde trabajaba y le propuso que se pasara a esa AFP porque el ISS se iba a acabar, lo que implicaría perder todos sus años de cotización; también le dijo que Porvenir S.A. era una empresa muy sólida y que allí podría pensionarse a los 50 años de edad.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes*

*citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, 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 visible a folio 125 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual con solidaridad” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 125 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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 a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante; imponiéndose adicionar la decisión de primer grado en este punto, acogiendo lo manifestado por Colpensiones en su apelación. Y es que es apenas*

---

<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.

*natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*Ahora, en relación con los descuentos realizados con destino al fondo de solidaridad pensional, cuyo traslado solicita Colpensiones, cumple recordar que dicho fondo opera como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, cuyos recursos son administrados por una fiducia, y no por la administradora a la cual se encuentra afiliado el cotizante. Este aporte adicional con destino al fondo de solidaridad pensional debe ser pagado en su totalidad por el trabajador y opera independientemente del régimen pensional al cual se encuentre afiliado, razón por la que no hay lugar a ordenar el traslado de dichos dineros.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativos a que el actor incumplió el deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del 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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se adicionará la sentencia de primer grado en este sentido.*

*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 confirmará la decisión apelada y consultada, en tanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

#### **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 entendido que las sumas que Porvenir S.A. debe*

trasladar a Colpensiones corresponden a los aportes pensionales junto con los rendimientos generados, sin realizar deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

**Segundo.-** Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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 LUÍS ENRIQUE MARÍN MAYORGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta junto con 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 en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Descongestión de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, en razón a que el juzgado de conocimiento a través de providencia del 8 de marzo de 2021 ante la solicitud de ejecución de la misma, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto de 8 de junio de 2012, debido a que no se surtió el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia.*

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

#### DEMANDA

*José Manuel Chica Gutiérrez, por medio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su compañera permanente a cargo; junto con la indexación de las sumas, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y por las costas y gastos del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 y 2 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que: fue pensionado por vejez a través de la resolución No. 1495 de 25 de marzo de 2004 expedida por el ISS hoy Colpensiones a partir del 29 de octubre de 2007, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición; es compañero permanente de Beatriz Zapata desde el 20 de marzo de 1990 con quien se casó el 19 de febrero de 2004, y han convivido de manera ininterrumpida compartiendo techo y lecho; su cónyuge depende económicamente de él, no trabaja ni recibe pensión; el 21 de enero de 2011 le solicitó a Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional del 14%, sin obtener respuesta de la entidad.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 18 a 21 del expediente); en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionado del demandante bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, y la reclamación administrativa, indicando que fue respondida en forma oportuna; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó compensación, prescripción, inexistencia de la obligación y carencia del derecho.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (fls. 62 y 77), en la que condenó al ISS hoy Colpensiones a reconocer y pagar al demandante el incremento del 14% sobre la pensión mínima legal mensual por su esposa a cargo Beatriz Zapata sobre las mesadas reconocidas a partir del 28 de marzo de 2008 por efectos de la prescripción, los que liquidados hasta mayo de 2012 ascienden a \$4.205.110,00, debiendo continuar pagando el derecho en la suma de \$79.338,00 a partir de junio de esa anualidad, declaró probada la excepción de prescripción de los incrementos causados con anterioridad a febrero de 2008 y condenó en costas a la parte demandada.

### CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

#### CALIDAD DE PENSIONADO DEL ACTOR

No es objeto de debate la condición de pensionado por vejez que ostenta el demandante, la cual fue adquirida mediante Resolución No. 001495 del 25 de marzo de 2004, en la que el ISS hoy Colpensiones le reconoció el derecho prestacional a partir del 29 de octubre de 2002, con una mesada en cuantía inicial de \$309.000,00 conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, reconociéndolo beneficiario del régimen de transición, lo cual fue aceptado por la encartada y se corrobora con el documento de folio 12 del plenario.

#### INCREMENTO PENSIONAL - VIGENCIA

Al momento de reconocimiento de la pensión de vejez al actor estaba vigente la Ley 100 de 1993, que no contempla los incrementos pensionales por persona a cargo, y en el artículo 289 se derogan todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien el promotor fue beneficiario del régimen de transición consagrado en dicho estatuto, por lo que la pensión se le concedió conforme a lo regulado en el acuerdo 049 de 1990, esto no significa que los incrementos por

*persona a cargo tengan viabilidad, ya que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solamente se aplica en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) respecto del régimen anterior “las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”, precisando que la norma reguladora es el mentado artículo 36, el que se debe utilizar íntegramente conforme al principio de inescindibilidad mas no el régimen anterior, porque es aquel el que permite el empleo de la regulación pasada en los términos ya referidos. De ahí, que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, bajo el acuerdo 049 de 1990, no tienen derecho a los incrementos por persona a cargo.*

*Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, dilucidó las discrepancias de algunas salas de revisión sobre el punto, y concluyó que:*

*“...salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (sic) desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015...”*

*Con lo que se busca asegurar la unidad de interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico en condiciones de igualdad y para mantener la seguridad jurídica, valor trascendental en vida en sociedad. Tampoco es pertinente acoger el principio de favorabilidad, para decidir la controversia planteada, dado que no existen dos normas que consagren el derecho a los incrementos pensionales o duda sobre cuál se debe aplicar (Art. 21 CST), es únicamente el mentado artículo 36, por lo que, en los aspectos no vislumbrados, se entiende derogados, como ya de puntualizó.*

*Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida al actor tiene como fecha de causación el 29 de octubre de 2002, a través de la Resolución 001495 del 25 de marzo de 2004, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (fl. 12), es patente que el accionante no tiene derecho a los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no se encontraban vigentes para la fecha en que causó*

la pensión de vejez, siendo del caso la revocatoria de la sentencia consultada, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

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

**RESUELVE**

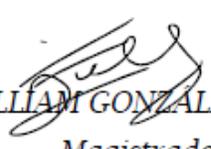
Primero.- Revocar la sentencia consultada para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por José Manuel Chica Gutiérrez , por lo dicho en la parte considerativa.

Segundo.- Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandante. Sin costas en este grado jurisdiccional.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
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 STELLA ESPITIA VANEGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*PROVIDENCIA*

*Se reconoce personería al abogado Nicolás Ramírez Muñoz, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y tarjeta profesional No. 302.039 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*A continuación, se procede a dictar la siguiente,*

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, 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.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Luz Stella Espitia Vanegas, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 71 y 72 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 16 de enero de 1966; cotizó al RPMPD un total de 356 semanas entre el 18 de diciembre de 1985 y el 31 de diciembre de 1994; el 9 de abril de 1996 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir, lo cual no obedeció a una decisión informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen ni acerca de la forma en que impactaría en su mesada pensional; el 1° de octubre de 2004 se afilió a Old Mutual S.A., donde actualmente permanece; en toda su vida laboral acredita un total de 1.440 semanas de aportes; el 21 de diciembre de 2017 solicitó ante las demandadas declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, sin obtener respuesta por parte de las AFP accionadas, mientras que Colpensiones contestó de manera negativa.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 176 a 194); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al RPMPD, la fecha del traslado de régimen, 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 inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de*

*las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Old Mutual S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 85 a 99); frente a los hechos admitió la actual vinculación de la actora a esa AFP, el total de semanas cotizadas en su vida laboral y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.*

*Porvenir S.A. contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 156 a 162); en cuanto a los hechos aceptó la fecha del traslado de régimen y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, y la innominada o genérica.*

*Por auto del 12 de agosto de 2019, se ordenó vincular al trámite a Protección S.A., quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en la demanda (fls. 226 a 235). No aceptó ninguno de los hechos. 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, no afiliada, 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 (C.D. fl. 253), en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 9 de abril de 1996, y los posteriores traslados entre administradoras del RAIS. Condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a actualizar la historia laboral de la demandante. Condenó a Protección S.A. y a Old Mutual S.A. a remitir a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de gastos de administración generados durante el tiempo que perduró la aparente afiliación de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes interpone recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que, al momento del traslado de régimen, a la actora se le brindó información clara, completa y comprensible; sin embargo, el único documento que existe es el formulario de afiliación. Agregó que no se probó una conducta dolosa por parte de la AFP; y que el formulario de afiliación cumple con todas las exigencias contenidas en la Ley 100 de 1993. Indicó que la accionante convalidó su voluntad de permanecer en el RAIS, toda vez que permaneció allí durante más de 20 años y realizó traslados entre AFP. Añadió que la promotora de la Litis se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

*Protección S.A. y Old Mutual S.A. sustentaron sus recursos de apelación en similares términos, afirmando que resulta improcedente devolver los gastos de administración y las sumas destinadas a pagar el seguro previsional, por cuanto estos encuentran respaldo legal, generando rendimientos financieros; además, las*

*primas de seguro previsional se destinaron a cubrir las posibles contingencias por invalidez o muerte.*

*Colpensiones solicitó que se analice su papel en esta controversia, ya que la declaratoria de ineficacia afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema. Añadió que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y que no es procedente aplicar el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, ya que la única motivación de la demandante es el descontento con el monto de su eventual mesada pensional en el RAIS. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

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

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

### A C L A R A C I Ó N P R E V I A

*Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Porvenir S.A. y por Colpensiones en sus respectivos recursos, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 55 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 3 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 9 de abril de 1996, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen ni acerca de la forma en que impactaría en su mesada pensional”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 9 de abril de 1996. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en el año 1996 llegó hasta su sitio de trabajo un asesor de Porvenir S.A. quien, en una charla grupal a la que asistieron 20 personas y que no duró más de 30 minutos, le dijo que en esa AFP generaría mayores rendimientos y podría pensionarse más joven; después de eso pasó a firmar el formulario de afiliación. Aseguró que no recibió mayores detalles, y tampoco le hicieron un comparativo.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 15 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 15 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin*

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

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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 a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de las AFP accionadas en sus apelaciones, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativas a que no se probó su actuar doloso, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que 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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que 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 la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

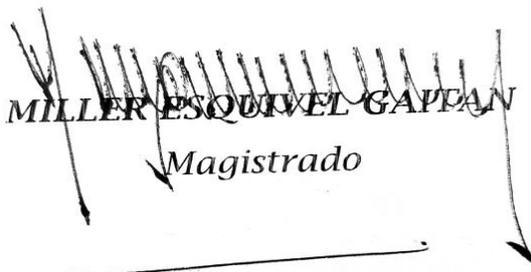
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

*R E S U E L V E*

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

**Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL 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 ALBERTO BOTERO ECHEVERRY CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*A U T O*

*Reconócese personería a la Dra. Linda Vannesa Barreto Santamaria identificada con C.C. No. 1013637319 y T. P. No. 280.300 del C. S. de la J. como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 9 del expediente de tribunal)*

*Notifíquese.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo 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

*Alberto Botero Echeverry, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., realizada en el mes de octubre de 1997, ante la omisión en el deber de información de ésta, en consecuencia que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones y por tanto de ordene su retorno automático a esa entidad. debiendo reactivarse su afiliación; se ordene a la AFP Protección S.A. devolver o trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiese recibido en condición de administradora del RAIS como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, es decir con los rendimientos que se hubieren causado; se declare que derivado de la nulidad cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al art. 33 de la ley 100 de 1993 y se condene a Colpensiones al reconocimiento de dicha prestación, junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde cuando acreditó los requisitos para su reconocimiento y la indexación. Se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 10 a 15 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: nació el 29 de junio de 1956, por lo que cuenta con 62 años de edad; se afilió por primera vez al RPMPD con e ISS en el segundo en enero de 1982 y realizó aportes para pensión con esa entidad hasta agosto de 1997, acumulando un total de 758,57 semanas; en septiembre de esa anualidad los asesores de la AFP Protección S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse la RAIS, asegurándole que contaban con mejores beneficios y garantías frente a su situación pensional; que podía obtener su pensión en una fecha anterior a la prevista por el ISS y en cuantía muy superior; que el RPMPD sería reformado indicándole que era muy riesgoso permanecer en él , a pesar de tener conocimiento de las condiciones laborales de demandante y el número de*

*semanas que acumulaba. Señala que el asesor omitió realizar una proyección pensional en la cual se pudiese verificar que en el RAIS odia obtener condiciones más favorables, no se le indicó que podía hacer aportes voluntarios adicionales para completar el capital mínimo y accede a las prestaciones; omitió informarle y explicarle de manera clara y puntual la naturaleza de ese régimen ni mucho menos las implicaciones negativas que acarrearía su traslado, no se le indicó cual era el capital mínimo para obtener, ni sobre las ventajas o desventajas objetivas en cada régimen; ante las manifestaciones engañosas fue indicado a error y si bien suscribió el formulario la manifestación de voluntad allí expresada no fue consciente además que está preimpresa; solicito una proyección de su mesada pensional la AFP le indicó que la mesada pensional que podía obtener sería aproximadamente de \$4.059 151,00 mientras que en el RPMPD con base en el IBC y el número de semanas sería de \$7.784.241,00; lo que demuestra la información errada ofrecida por el asesor del fondo. Agrega que cumplió 62 años el 29 de junio de 2018, hasta octubre de esa anualidad acumula 1917 semanas, superando ampliamente los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para obtener su derecho pensional y que el 20 de diciembre del mismo año presentó reclamación ante las demandadas pidiendo la nulidad de la afiliación, las que fueron respondidas en forma negativa.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls. 83 a 117 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones en el RPMPD, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho a regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, la AFP Protección S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 148 a 158 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación inicial del demandante al RPMPD, su traslado al RAIS indicando a través de la Protección S.A. y la reclamación de nulidad presentada ante esa entidad, así como su respuesta negativa; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación al RAIS con Protección, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la innominada o genérica.*

#### *FALLO DE PRIMERA INSTANCIA*

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Alberto Botero Echeverri con la AFP Protección S. A. el 18 de septiembre de 1997 contenida en formulario No. 1010181143. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, que deben incluir los rendimientos financieros que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones, así como los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante; valores que debe ser reintegrados debidamente indexados. Mandó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad como afiliado en el RPMPD desde su afiliación inicial al ISS; reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de la cual es beneficiario a partir del momento que el promotor acredite su desafiliación al sistema; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a los fondos demandados.*

## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo las partes la recurren, así: la demandada Colpensiones argumenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 19 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen, además que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

*A su turno, la AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena a que los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.*

*Finalmente la parte demandante insiste en que se ordene el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones a partir del fecha de retiro del sistema, indicando que se cumplen los requisitos establecidos en artículo 33 de la ley 100 de 1993, ya que cumplió la edad de 62 años el 29 de junio de 2018 y cuenta con más de 1917 semanas cotizadas en pensiones, habiéndose retirado del sistema en octubre de 2018.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo Colpensiones presentó alegatos en esta instancia; argumenta que la actora no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 19 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

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

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

#### A C L A R A C I Ó N P R E V I A

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en la alzada, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, ya que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 64 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 29 de junio de 1956 como da cuenta la fotocopia*

*de su cédula de ciudadanía (fl. 28 del expediente digitalizado); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 18 de septiembre de 1997 con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año (fl 159 del expediente digitalizado), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Protección S.A. efectuada el 18 de septiembre de 1997 con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año (fl 159 del expediente digitalizado), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la AFP Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para*

*dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, 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)*

*Bien, 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. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado*

---

<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.

*de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, 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 la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP.*

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

#### *PENSIÓN DE VEJEZ*

*Finalmente, en cuanto a la inconformidad que presenta la parte demandante en la que insiste en el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de los hombres, el cumplimiento de los 62 años de edad, y 1300 semanas de*

*cotización. Al respecto, la Sala advierte que si bien el promotor cumplió los 62 años de edad el 29 de junio de 2018, conforme se establece con la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 28 del expediente digitalizado); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Porvenir S.A. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional, como en efecto lo dispuso el Juez de instancia. En este sentido se confirmará la decisión de primer grado.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

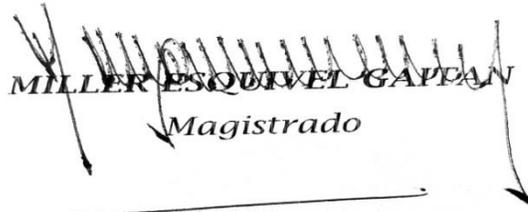
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

#### *RESUELVE*

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

*Segundo.- sin costas en esta instancia dado el resultado de los recursos interpuestos por las partes.*

*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 ORLANDO PEÑA ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*A U T O*

*Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*Notifíquese*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la*

referencia, y en consulta frente a aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

#### ANTECEDENTES

*Orlando Peña Ortiz, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia de su afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., dada la omisión de ésta en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD con Colpensiones sin solución de continuidad. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos, intereses y bonos pensionales que tiene en su cuenta de ahorro individual, si realizar ningún descuento por administración, así como el pago de perjuicios morales; y a Colpensiones a que reactive la afiliación, aceptar y recibir el traslado de las sumas por los conceptos antes mencionados. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 6 a 8 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que: nació el 20 de enero de 1958 y cuenta con más de 61 años; se afilio y realizo cotizaciones en el RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones desde el 25 de noviembre de 1988 al 1° de diciembre de 2005; se trasladó a la AFP Porvenir S.A. a partir de diciembre de esa anualidad, donde permanece hasta la fecha. Señala que el momento del traslado los funcionarios de la AFP no lo asesoraron ni le informaron de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada. Suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales, las prestaciones que se podían obtener en el RAIS, , los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de su traslado, ni sus implicaciones sobre los derechos pensionales, por el contrario se le ocultó las consecuencias frente a los derechos pensionales en el RPMPD; tampoco se le informó sobre la posibilidad de retracto o de su retorno a este régimen en los términos del art. 2° de la Ley 797 de 2003, no sobre el monto de capital necesario para obtener una prestación del RAIS, que su aporte se*

*distribuiría para el pago de primas de seguro y administración, la posibilidad de negociar bono pensional; no se le hizo proyecciones futuras de su pensión. Agrega que el 27 de marzo de 2019 presentó solicitud de la nulidad de la afiliación al RAIS y su retorno al RPMPD obteniendo respuesta negativa y que en la AFP has realizado más de 800 cotizaciones.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 51 a 57 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento del promotor su afiliación al RPMPD y traslado al RAIS y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 84 a 115, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos los niega en su totalidad, mencionados que algunos no son ciertos en la forma redactada y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (cd y acta fls 124 a 126), en la que declaró la ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS efectuado por el señor Orlando Peña Ortiz el 26 de octubre de 2005, contenida en el formulario No. 1130905; condenó a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los saldos de aportes, junto con sus*

*rendimientos financieros, así como los gastos de administración y las comisiones del RAIS, inclusive de sus propias utilidades, y a esta última a aceptar el traslado, recibir el monto de las sumas trasladadas y contabilizar las semanas para efectos pensionales; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, sin costas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, la demandadas AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, manifestando que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que con la afiliación no al RAIS no se le causa ningún perjuicio al demandante en la medida que no es beneficiario del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual contiene todos los requisitos legales vigentes para la época, sin ser necesaria prueba adicional. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 15 años, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras. Así nuestra su inconformidad frente la orden de traslado de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta*

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

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

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

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

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o*

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no lo asesoraron ni le informaron de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada. Suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales, las prestaciones que se podían obtener en el RAIS, , los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de su traslado, ni sus implicaciones sobre los derechos pensionales”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por 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 afiliada, 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 al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 26 de octubre de 2005 con efectividad desde el 1° de diciembre de esa anualidad (anexo*

*allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, fl. 117). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que no recibió información sobre su traslado de régimen; que estando laborando en el Congreso de la República, continuamente los citaba a la oficina de personal para suscribir los contratos de vinculación con la entidad y en uno de esos ires y venires, suscribió el formulario de afiliación sin tener claridad quien se puso de presente, el cual fue llenado por otra persona ya que solo estampo su firma, lo cual realizó de buena fe en consideración que era lo mejor debido a la publicidad realizada por los fondos. Sin embargo no tuvo ninguna asesoría por parte de algún asesor de la AFP en ningún sentido, y en razón a que en 2019 acudió ante el fondo con el fin de obtener información sobre la prestación que podía obtener, se dio cuenta que su afiliación se le ocasionó un perjuicio ya que se le indicó que el valor de su mesada pensional después de más de 30 años de servicio público podía ascender a \$970.000, lo que no compensa su sacrificio y el ingreso base de cotización realizado.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP*

*encartada en el folio 117 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 117 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia

---

<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.

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

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

*Finalmente frente al motivo de inconformidad que alega Colpensiones en el sentido que se debió condenar al pago de perjuicios, es de precisar que conforme lo previsto en el artículo 271 del de la Ley 100 de 1993, se trata de una sanción administrativa que podrá ser impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, al empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca el derecho a la libre selección de uno cualquiera de los*

*regímenes previstos por la ley, la cual es libre y voluntaria por parte del afiliado (art. 12 ibidem), por lo que sin más miramientos se mantendrá la negativa de tal reconocimiento.*

*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. No sin antes advertir que no son de recibo las afirmaciones hechas por Colpensiones en las alegaciones presentadas en esta instancia referente a la restricción de traslado del actor, se insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, en razón a que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., el 26 de octubre de 2005, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año (fls 117), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre este tema.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

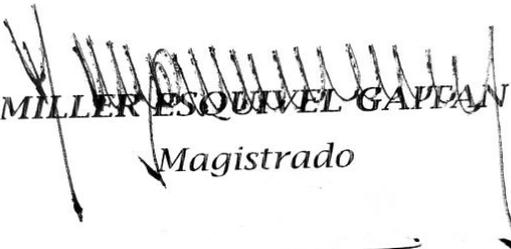
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

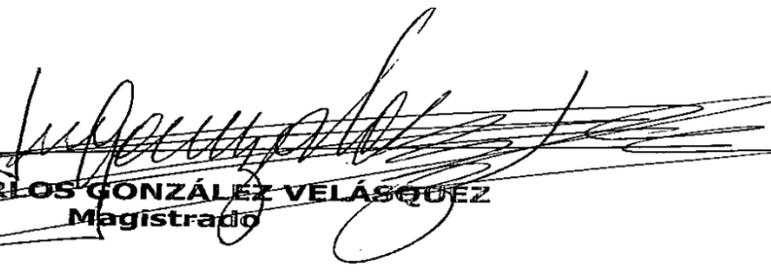
**RESUELVE**

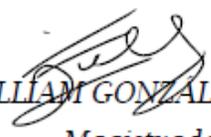
**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
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 AURORA RODRÍGUEZ SUSAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*ANTECEDENTES*

*Blanca Aurora Rodríguez Susa, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a recibir una pensión de vejez, por cumplir los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, art. 12, se condene al reconocimiento y pago de dicha prestación,*

*a partir de la fecha en que acreditó el cumplimiento de los requisitos; junto con las adicionales de junio y diciembre, los reajustes legales, los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 54 y 55 del expediente en los que en síntesis se indica que: nació el 7 de julio de 1959, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 2014; inició a cotizar para los riesgos de IVM con el ISS como trabajadora dependiente desde el 8 de octubre de 1980 y acredita un total de 705 semanas; que prestó servicios al Banco Central Hipotecario del 8 de octubre de 1980 al 31 de mayo de 1983; que el 11 de mayo de 2018 pidió la corrección de su historia laboral a Colpensiones para que se incluyera dicho periodo, así como el reconocimiento y pago de su pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y Colpensiones a través de resolución SUB 326484 del 19 de diciembre de 2018 le negó la prestación con fundamento en que no cumplió los requisitos de la Ley 797 de 2003, decisión que fue confirmada en resoluciones SUB47535 del 23 de enero de 2019 y DPE 1331 del 3 de abril del mismo año en las que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el acto administrativo inicial.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 71 a 77); en cuanto a los hechos los acepto en su mayoría, excepto los relacionado con el número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones y el tiempo de servicios al BCH indicando que no le constan y deben probarse. Propuso como excepciones las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, 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 (C.D. fl. 86 y acta fls 84 y 85) en la que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al demandante.*

### CONSIDERACIONES

*Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia de primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.*

### RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ

*Comoquiera que la demandante solicita que se declare que es beneficiario del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmerso 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 siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que de entrada observa la Sala no 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 menos de 35 años edad en razón a que su fecha de nacimiento fue el 7 de julio de 1959, como da cuenta la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 52), ni el número de semanas o tiempo de servicios, pues, tan solo acumulaba*

*un total 57,15 semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones conforme se observa en el resumen de semanas cotizadas por el empleador, donde además se verifica que su afiliación y primera cotización la realizó a partir del 30 de abril de 1991; (folios 45 a 49), las que sumadas al tiempo de servicios prestados al Banco Central Hipotecario, como trabajadora oficial desde el 8 de octubre de 1980 al 31 de mayo de 1983, conforme el certificado de información laboral expedido por Ministerio de Hacienda y Crédito Público incorporado a folio 51 del plenario, acumula 193,29, que equivalen a 3 años, 8 meses y 28 días. Por lo que no existe duda que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y su situación pensional no puede ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año ni demás normas anteriores a la Ley 100 de 1993.*

*De otra parte, la demandante tampoco cumple con las exigencias del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, debido a que para la anualidad en la que cumplió la edad mínima requerida (2014) se exige un mínimo de 1.275 semanas de cotización y tan solo cuenta con 756,14 durante su vida laboral teniendo en cuenta el número de semanas reconocidas por Colpensiones en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho pensional y el tiempo de servicios al Banco Central Hipotecario; y para el año 2017, cuando se presentó el retiro del sistema general de pensiones se requería de 1.300, lo que lleva a la confirmación de la sentencia consultada.*

*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**

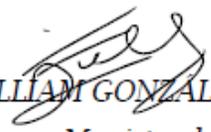
*Primero.- Confirmar la sentencia consultada.*

*Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.*

*Notifíquese legalmente a las partes.*

  
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 CLAUDIA CONSTANZA RIVERO BETANCUR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**PROVIDENCIA**

*Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*A continuación, se procede a dictar la siguiente,*

**SENTENCIA**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la AFP accionada contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce*

*Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Claudia Constanza Rivero Betancur, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad y/o invalidez de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, activar su afiliación y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir de la desafiliación del sistema; junto con los intereses moratorios y la indexación de las sumas. Asimismo, se condene a las accionadas al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 y 2 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el 25 de octubre de 1994 se trasladó a Colfondos S.A., sin que dicha AFP le hubiese brindado información sobre las condiciones del RAIS; nunca se le expusieron las consecuencias adversas del traslado de régimen; tampoco se le realizó una proyección pensional.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 63). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, falta de reclamación administrativa sobre la pensión de vejez, y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Colfondos S.A. contestó sin oponerse a los pedimentos de la demanda (fls. 56 a 60). No aceptó los hechos planteados; tampoco formuló excepciones.*

#### **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 en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y/o cotización al RAIS de la actora, hecha con Colfondos S.A. el 25 de octubre de 1994. Ordenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora y a recibir dichos dineros. Absolvió de las restantes pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Colfondos S.A. interpone recurso de apelación argumentando que el acto de vinculación de la demandante con esa AFP se dio con el lleno de los requisitos legales. Agregó que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, toda vez tramitó la emisión y redención de su bono pensional; además, al absolver interrogatorio de parte, reconoció que su deseo era permanecer en ese régimen.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia afirmando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, toda vez que la AFP*

*accionada le suministró a la actora información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes.*

### 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 Colfondos S.A. al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "Colfondos S.A. no le brindó información sobre las condiciones del RAIS; nunca se le expusieron las consecuencias adversas del traslado de régimen; tampoco se le realizó una proyección pensional", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la*

*elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 25 de octubre de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, al absolver interrogatorio de parte, la demandante ninguna mención realizó sobre las circunstancias en que se dio el traslado de régimen pensional, ocurrido el 25 de octubre de 1994.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colfondos S.A., al momento de acoger como 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.*

*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 obrante en el C.D. de folio 61 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias obrante en el C.D. de folio 61 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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 a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el trámite administrativo adelantado por la actora a fin de redimir un bono pensional resulta suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado; trámite que, en todo caso, no se encuentra probado en el sub examine. Asimismo, dicha declaratoria trae aparejada la devolución de los dineros recibidos por la AFP por concepto de aportes pensionales, con sus respectivos rendimientos; 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 pensiones y la demandante; 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, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

---

<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.

*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 hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los aportes trasladados por Colfondos S.A. junto con sus respectivos rendimientos, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, como acertadamente lo concluyó el a quo.*

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

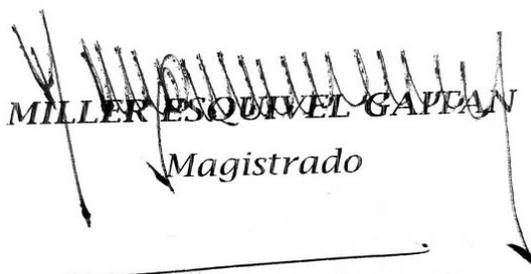
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**PROVIDENCIA**

*Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*A continuación, se procede a dictar la siguiente,*

**SENTENCIA**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintiséis 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

*Juan Carlos Díaz García, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, con sus respectivos rendimientos. Asimismo, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 vto a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 21 de febrero de 1958; cotizó al ISS desde el 16 de marzo de 1984 hasta el 31 de agosto de 1995, acumulando un total de 469 semanas; el 1° de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por Colfondos S.A.; el asesor de la época no le suministró información idónea sobre las ventajas y desventajas de su traslado de régimen pensional; tampoco le realizó una proyección pensional; el promotor de Colfondos S.A. le indicó que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad, que el monto de su mesada pensional no afectaría sus expectativas, y que el ISS iba a desaparecer, por lo que su derecho pensional se vería afectado de continuar en esta última entidad; en septiembre de 1997 se trasladó a Porvenir S.A.; hasta diciembre de 2018 contaba con 1.565,71 semanas de cotización; el 25 de febrero de 2019 solicitó ante las demandadas declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, obteniendo respuestas negativas.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 55 a 64); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos formulados en su contra (fls.87 a 107); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de su traslado de régimen, así como la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (fls. 134 a 159); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por el accionante y la respuesta negativa obtenida; 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.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 194), en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante en 1995. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y a contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. interpone recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen pensional del actor se dio*

*con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época, tal como se prueba con el formulario de afiliación. Agregó que el accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, ya que ha permanecido más de 25 años en ese régimen y ha realizado traslados entre AFP. Indicó que el promotor de la litis no cumplió con su obligación como consumidor financiero de informarse sobre las implicaciones del traslado; y que no resulta procedente devolver los gastos de administración, pues estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual, generando importantes rendimientos financieros.*

*Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia afirmando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, toda vez que la AFP accionada le suministró al actor información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes.*

*La parte actora, al presentar sus alegaciones, solicitó que se confirmara la decisión de primer grado, por cuanto, al momento de la afiliación, el asesor no le entregó información suficiente sobre los beneficios e inconvenientes del traslado de régimen.*

#### **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 Porvenir S.A. al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN**

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor de la época no le suministró información idónea sobre las ventajas y desventajas de su traslado de régimen pensional", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 29 de agosto de 1995. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad*

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

*Bien, el representante legal de Colfondos S.A. afirmó que para el año 1995 las asesorías se hacían de manera verbal y que, para el caso del demandante, el único documento que existe es el formulario de afiliación.*

*La representante legal de Porvenir S.A. indicó que Díaz García se trasladó a esa AFP el 1º de agosto de 1997, pero desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado, dado que el único documento que existe es el formulario de afiliación.*

*El demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en 1995 trabajaba para Estudios Técnicos S.A., hasta donde llegaron los asesores de Colfondos S.A. quienes, en una charla grupal que duró 20 minutos, le dijeron que el ISS en ese momento estaba en crisis, mientras que en el fondo privado tendría seguridad, respaldo y una mejor pensión.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 23 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la*

*constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 23 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

*detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, porque lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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 a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo la tesis expuesta por Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por la AFP apelante relativas a que el actor no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las*

---

<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.

*Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

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

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

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

**RESUELVE**

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIGUEL ALBERTO TOVAR SÁNCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*A U T O*

*Reconócese personería a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz identificada con C.C. No. 31.486.436 y T. P. No. 303924 del C. S. de la J. como apoderada sustituta de Colpensiones, y a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez identificada con C.C. No. 52.532.969 y T. P. No. 228020 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes a ellas conferidos (fl. 200 y 192 a 195, respectivamente)*

*Notifíquese.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 29 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho 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

*Miguel Alberto Tovar Sánchez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., ante la omisión en el deber de información de ésta o subsidiariamente que es inexistente el acto de afiliación; que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. devolver o trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales percibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante su permanencia en el RAIS, y se le condene al pago de los perjuicios morales causados; a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir las sumas trasladadas y actualizar y corregir la historia laboral del afiliado; y que se condene en costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 8 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 17 de noviembre de 1955; estuvo afiliado al RPMPD con e ISS desde el 8 de abril de 1986 hasta junio de 1999; en dicho mes y año sin haber recibido información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. en consideración a que los asesores le indicaron que el RAIS era mucho más beneficioso que el administrado por el ISS, por lo que se le indujo a error ya que las condiciones para pensionarse en los fondos privados es mas desfavorable en cuanto a la edad y monto de la prestación por vejez: Señala que el asesor no contaba con idoneidad o capacitación adecuada que le permitiera suministrar una información completa, veraz y suficiente para tomar su decisión de trasladarse de régimen; no le hicieron advertencias sobre los riesgos, ventajas o desventajas, no se indicó las modalidades de*

*pensión en el RAQIS, ni mucho menos el capital mínimo requerido para pensionarse, ni que dependiendo la modalidad escogida variaba la prestación, no se le informó sobre la imposibilidad de retracto o retornar al RMPMD cuando le faltare diez o menos años para pensionarse; que solicitó una proyección de su mesada pensional la AFP le indicó que la mesada pensional de acuerdo con el capital ahorrado sería la garantía de pensión mínima, mientras que en el RPMPD con base en el IBC y el número de semanas sería de \$1.487.704,00; lo que demuestra la información errada ofrecida por el asesor del fondo. Agrega que el 14 de septiembre de 2018 presentó reclamación ante las demandadas pidiendo la nulidad de la afiliación, las que fueron respondidas en forma negativa.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls. 160 a 171 del expediente); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones en el RPMPD, la a afiliación al RAIS con Protección S.A., la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las 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, no procedencia del pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, la AFP Protección S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 89 a 104 del expediente, en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, su afiliación o traslado al RAIS a través de esa AFP y la reclamación de nulidad presentada ante esa entidad, así como su respuesta negativa; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa 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 seguro previsional cuando se declara 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 a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl 174 y acta fls 175 a 177) en la que declaró la ineficacia de la afiliación del señor Miguel Alberto Tovar Sánchez al RAIS con la AFP Protección S.A. el 1° de agosto de 1999, por lo que nunca estuvo afiliado en ese régimen y siempre permaneció en el RPMPD. En consecuencia, ordeno a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración; ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados, incluirlos como semanas cotizadas y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP Protección S.A.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo las partes la recurren, así: la parte demandante centra su inconformidad ante la falta de condena en costas a Colpensiones, indicando que son procedente al haber sido vencida en juicio y haberse opuesto a las reclamaciones.*

*A su turno, la AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena a que los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 199, 3 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión*

*bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.*

*Por su parte la demandada Colpensiones argumenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 18 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen, además que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes presentaron a alegatos en esta instancia: El demandante, pide confirmar la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que ésta se sustentó en los parámetros jurisprudenciales establecidos por la sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de información que tienen las AFP al momento del traslado y en el caso particular, no se demostró haber suministrado una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna, para tomar la decisión de traslado de régimen.*

*Colpensiones argumenta que el promotor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que éste se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 18 años sin mostrar inconformidad alguna y además*

*correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

*A su vez la AFP Protección insiste que no se debe condenar a la devolución de la comisión de administración teniendo en cuenta que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, el cual se usa para cubrir gastos de administración, prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, más aún cuando se obtuvo rendimientos por la buena gestión realizada en su cuenta de ahorro individual y de mantener la condena por este concepto ello constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la administradora del RPMPD, por lo que pide revocar la decisión de primera instancia en este aspecto*

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

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

#### *A C L A R A C I Ó N P R E V I A*

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en la alzada, que no es otra que la referente a la restricción 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 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 65 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 17 de noviembre de 1955 como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 22); sin embargo, la corporación recuerda que lo que*

*se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 23 de junio de 1999 con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año (fl 115), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Protección S.A. efectuada el 23 de junio de 1999 con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año (fl 115), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la AFP Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe al examen de esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, 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)*

*Bien, 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. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.*

---

<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.

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, 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 la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP.*

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

### CONDENA EN COSTAS

*Finalmente, en lo que a la condena en costas, para la Sala es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso se ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda y resultó vencida, 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, 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 la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, esta entidad también debe asumir el pago de las costas impuestas a la AFP Protección S.A. por valor de \$1.200.000,00, debiendo ser asumidas por las demandadas a prorrata en partes iguales.*

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

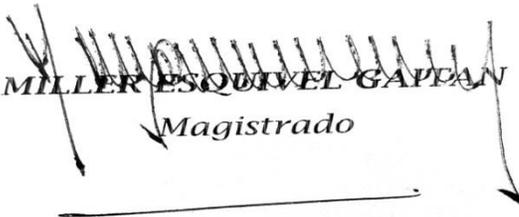
### RESUELVE

*Primero.- Revocar parcialmente el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar condenar a Colpensiones a asumir el pago de las costas impuestas en primera instancia a la AFP Protección S.A. en partes iguales.*

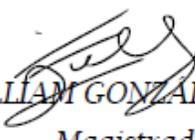
*Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

*Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 a cada una de ellas.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

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

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA CECILIA VIVAS ACUÑA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*PROVIDENCIA*

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

*A continuación, se procede a dictar la siguiente,*

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2021, 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

*Martha Cecilia Vivas Acuña, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con los valores que puedan corresponder por bono pensional, intereses y rendimientos, sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, y corregir y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte privado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 19 de septiembre de 1961; desde el 10 de septiembre de 1985 hasta noviembre de 1998 cotizó al ISS un total de 406 semanas; en agosto de 1999 se trasladó a Colfondos S.A.; el asesor de la época no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni acerca de las consecuencias que tal acto conllevaría, tampoco le realizó una proyección pensional; el promotor de Colfondos S.A se limitó a decirle que el ISS se iba a acabar, por lo que nadie respondería por los aportes allí realizados, y que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad; en agosto de 2001 se trasladó a Porvenir S.A.; en toda su vida laboral acredita 1.252 semanas de aportes; el 7 de noviembre de 2018 presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa ese mismo día.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl. 151 a 167); frente 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 le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó*

*descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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.*

*Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 129 a 145); en cuanto a los hechos aceptó la fecha del traslado al RAIS; 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones planteadas (fls. 201 a 219); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y el total de semanas cotizadas en su vida laboral; 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.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 247), en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora, el 1° de octubre de 1999, por intermedio de la AFP Colfondos S.A., y su posterior afiliación a Porvenir S.A. Declaró que la accionante jamás se separó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó a Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones, debidamente indexadas, todas las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación de la demandante, esto es, desde el 1° de octubre de 1999 hasta el 30 de abril de 2001. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos y*

*comisiones por administración (estas últimas indexadas), sin descontar suma alguna por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colfondos S.A. argumentó que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; adicionalmente, no se demostró que se le hubiese generado un daño o un perjuicio. Agregó que, al momento del traslado de régimen, a la actora se le brindó información verbal sobre las condiciones y características del RAIS.*

*Porvenir S.A. interpone recurso de apelación argumentando que la afiliación de la demandante se dio con el lleno de los requisitos establecidos en la ley. Dijo que la actora ha sido poco diligente frente a su situación pensional, pues no realizó el traslado a Colpensiones con anterioridad, no ha solicitado asesorías y la única motivación de este proceso es el descontento con el monto de su eventual mesada pensional. Solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se absuelva de la devolución de los gastos de administración, así como de las sumas del seguro previsional, por cuanto estos encuentran respaldo legal. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

*Colpensiones apeló la decisión de primer grado afirmando la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; aunado al hecho que no está probada la existencia de un vicio en el consentimiento y que el traslado de régimen pensional se dio con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época. Agregó que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al estar más de 20 años afiliada a ese régimen; y que, de confirmar la decisión de primer grado, se generaría una descapitalización en el sistema. Añadió que no es posible aplicar la jurisprudencia*

*sobre carga dinámica de la prueba, ya que no se estableció la existencia de un perjuicio a la demandante.*

### 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 de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

### ACLARACIÓN PREVIA

*Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 60 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 5 de agosto de 1999, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso*

*es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor de la época no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni acerca de las consecuencias que tal acto conllevaría, tampoco le realizó una proyección pensional”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

*en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 5 de agosto de 1999. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el representante legal de Colfondos S.A., al absolver interrogatorio de parte, manifestó que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional de la actora, y que la única prueba que existe es el formulario de afiliación.*

*La demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en el año 1999 la empresa en la que trabajaba le pasó un formulario de afiliación a Colfondos y ella lo firmó, porque esas eran las directrices que tenían en el área de recursos*

*humanos. Agregó que al momento de la firma no se encontraba un asesor de Colfondos.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colfondos S.A., al momento de acoger como 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.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 147 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 147 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que*

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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*

---

<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.

*a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de las AFP accionadas en sus apelaciones, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir S.A. relativas a la falta de diligencia de la actora, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que 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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

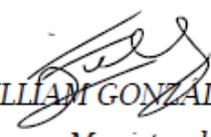
**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de las accionadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL 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 MARCO EMILIO GUTIÉRREZ CORTÉS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*A U T O*

*Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*Notifíquese*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Veintiséis 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

*Marco Emilio Gutiérrez Cortes, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 29 de noviembre de 1997, dada la omisión de ésta en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD con Colpensiones debiendo mantenerse su inscripción en esta. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual incluyendo sus rendimientos financieros y el valor cotizado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; y a Colpensiones a que reactive la afiliación sin solución de continuidad, registre en la historia laboral el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 6 a 8 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que; nació el 13 de enero de 1956 y cuanta con más de 62 años; se afilio y realizo cotizaciones en el RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones desde el 1° de febrero de 1978 al 30 de noviembre de 1997, acumulando un total de 702.71 semanas, se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 29 de noviembre, se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre de ese año y sigue vinculado a la AFP demandada. Señala que el momento del traslado los funcionarios de la AFP no le informaron cuales eran los requisitos y condiciones para pensionarse en el RPMPD ni mucho menos que tan solo le faltaban 5 años y 10 meses para completar 1000 semanas de cotización, no le hicieron una proyección de la pensión que podía obtener y solo le indicaron que sería mejor en el fondo; que no le suministraron una información completa, detallada y verás sobre su situación pensional, ni de las consecuencias, ventajas o desventajas de su traslado, ni la posibilidad de retracto; que fue declarado en condición de multifiliado en razón a que las cotizaciones entre julio y diciembre de 2007 se realizaron a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. siendo que figura como trasladado al RAIS desde el 29 de noviembre de 1997. Agrega que el 28 de marzo de 2018 Porvenir le informó que los 62*

años su mesada pensional podía ser de \$2.497.500, mientras que el calcularla de en el RPMPD conforme al tiempo cotizado y el ingreso base de cotización al momento sería de \$8.060.200, y entonces se dio cuenta que lo prometido no correspondía a la verdad, por lo que solicitó la nulidad de la afiliación obteniendo respuesta negativa y cuanta con un total de 1.746, 71 semanas cotizadas durante su vida laboral.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 75 a 83 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento del promotor su afiliación al RPMPD y traslado al REAIS y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 102 a 111, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento, el traslado de régimen pensional a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., y la reclamación presentada por el actor, así como la respuesta negativa ofrecida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (cd y acta fls 139 y

140), en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Marco Emilio Gutiérrez Cortés el 29 de noviembre de 1997; condenó a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados, junto con sus rendimientos financieros, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, y a esta última a acepte el traslado y contabilizar las semanas para efectos pensionales; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas a favor de la demandante.

#### RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandadas AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, manifestando que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado ya que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación la cual se cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante. Así mismo indica que de mantenerse la declaratoria de nulidad, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y seguro previsional debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de los aportes únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.*

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

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

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

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la*

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "no le suministraron una información completa, detallada y verás sobre su situación pensional, ni de las consecuencias, ventajas o desventajas de su traslado, ni la posibilidad de retracto", 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 al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 29 de noviembre de 1999 con efectividad desde el 1° de enero de 1998 (anexo allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, fl. 114). 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 aseguró que cuando trabajaba en Once león y Asociados, lo visitaron unos asesores de la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., y le manifestaron que lo que más le convenía era trasladarse al RAIS con esa entidad donde las condiciones de pensión serían mucho más favorables a las que podía obtener en el RPMPD, y si bien no existió presión para afiliarse, sus visitas si eran constantes, seguidas e intensas para obtener su afiliación ofreciéndole esferos, calendario y agendas; pero no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual ni las consecuencias o beneficios de su traslado y solo le indicaban de manera insistente que iba a quedar mejor pensionados, y su plata no se perdería ya que el ISS se iba a acabar, que no se le informo sobre la posibilidad de obtener rendimientos financieros, ni recuerda que le informaran sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios; que realizo traslado entre fondos de Colpatria a Porvenir, de igual manera por el acoso de los asesores que le indicaron que allí sus condiciones eran mejores.*

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

*cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a la AFP .*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 113 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 113 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

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

---

<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.

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

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

*Finalmente frente al motivo de inconformidad que alega Colpensiones en el sentido que se debió condenar al pago de perjuicios, es de precisar que conforme lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se trata de una sanción administrativa que podrá ser impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, al empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca el derecho a la libre selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por la ley, la cual es libre y voluntaria por parte del afiliado (art. 12 ibidem), por lo que sin más miramientos se mantendrá la negativa de tal reconocimiento.*

*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. No sin antes advertir que no son de recibo las afirmaciones hechas por Colpensiones en las alegaciones presentadas en esta instancia referente a la restricción de traslado del actor, se insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, en razón a que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 29 de noviembre de 1997, con efectividad a partir del 1° de enero de 1998 (fls 114), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre este tema.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

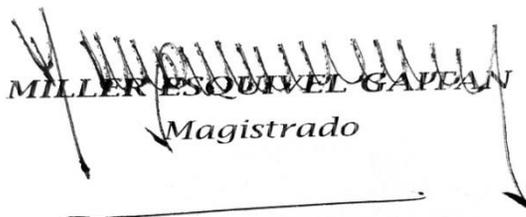
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

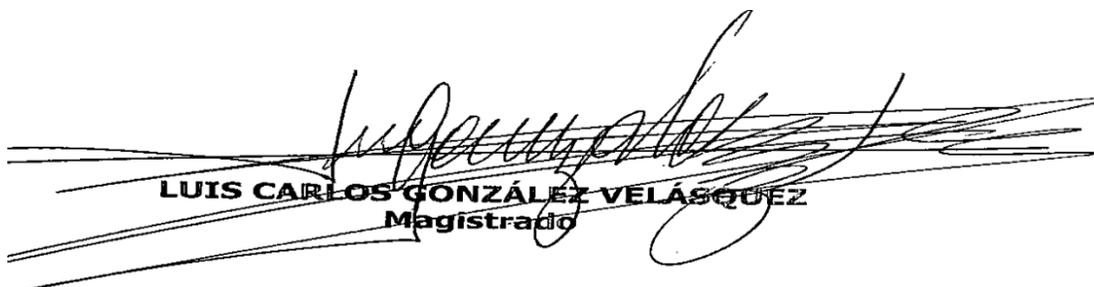
**RESUELVE**

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

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INGRID LUCÍA REY CAMACHO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2021, 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**

*Ingrid Lucía Rey Camacho, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y a Old Mutual S.A.*

*para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última entidad recibir dichas sumas, activar su afiliación sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de septiembre de 1965; se afilió al ISS el 6 de agosto de 1986, donde cotizó un total de 383 semanas; el 1° de julio de 1994 se trasladó a la AFP ING, hoy Protección S.A., sin que esta aparente decisión libre y voluntaria estuviese precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado; el 1° de junio de 1999 se afilió a Porvenir S.A.; el 1° de junio de 2001 retornó a ING, hoy Protección S.A.; el 1° de marzo de 2003 se trasladó a Colfondos S.A.; el 1° de octubre de 2003 se afilió a Porvenir S.A.; el 11 de julio de 2006 retornó a Protección S.A.; el 23 de junio de 2008 se trasladó a Old Mutual S.A.; el 16 de septiembre de 2009 retornó a Protección S.A., donde se encuentra actualmente afiliada; hasta el 31 de octubre de 2019 ha cotizado un total de 1.575 semanas; el 3 de octubre de 2019 solicitó ante las AFP accionadas la nulidad del traslado de régimen; en igual sentido radicó solicitud ante Colpensiones el 12 de noviembre de 2019.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 132 a 153); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, y el posterior traslado entre administradoras del RAIS; 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 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 administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos formulados (fls. 165 a 180); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la reclamación presentada ante esa AFP; 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, 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.

A su turno, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (fls. 430 a 436); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación a esa AFP y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. presentó contestación de demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 711 a 734); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud presentada ante esa AFP; 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.

Old Mutual S.A. se opuso a todas las pretensiones (fls. 820 a 838); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de la afiliación de la actora a esa AFP; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la

*demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al 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 a similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, 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 (C.D. fl. 1084), en la que declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la actora, por intermedio de la AFP hoy Protección S.A. Declaró que la accionante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus respectivos rendimientos, gastos de administración y comisiones. Condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado. Condenó a las demás AFP a pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPMPD, si fuese el caso, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos y cuotas de administración; para tal efecto, conminó a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas, si a ello hubiere lugar. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, las accionadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que el traslado de régimen pensional de la demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, sin que se hubiese probado omisión en el deber información. Agregó que la actora guardó silencio por más de 25 años respecto de la información que se le brindó al momento del traslado, lo que denota un abandono respecto de su situación pensional, incumpliendo de esta manera sus obligaciones como consumidora financiera.*

*Indicó que la promotora de la litis no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que su situación pensional no se vio afectada con el traslado de régimen, resultando improcedente aplicar al presente asunto la jurisprudencia sobre carga dinámica de la prueba. Añadió que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, generando una descapitalización. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

*Protección S.A. manifestó que no es procedente devolver los gastos de administración ni las primas del seguro previsional, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza. Agregó que frente a dichas sumas operó el fenómeno prescriptivo, y en caso de devolverlas, se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza a favor de Colpensiones.*

*En similares términos, Old Mutual S.A. afirmó que resulta improcedente devolver los gastos de administración y las sumas destinadas a pagar el seguro previsional, por cuanto estos encuentran respaldo legal; además, las primas de seguro previsional se destinaron a cubrir las posibles contingencias por invalidez o muerte. Indicó que frente a dichas sumas operó el fenómeno prescriptivo, y en caso de devolverlas, se generaría un perjuicio económico, no sólo a la AFP, sino al RAIS. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

*En el mismo sentido, Colfondos S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional, ni ningún otro valor adicional, por cuanto, mientras estuvo vigente la afiliación de la accionante, se generaron los más altos rendimientos en comparación con otras AFP; además, los gastos de administración fueron descontados por disposición legal, y las primas del seguro previsional no están en poder de Colfondos S.A., ya que fueron trasladadas a la aseguradora.*

*Porvenir S.A. aseguró que, al momento del traslado de régimen pensional, se cumplió con toda la reglamentación vigente sobre el deber de información, lo cual se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación. Indicó que la accionante no cumplió con su obligación como consumidora financiera de informarse sobre las implicaciones del traslado, omitiendo su deber de diligencia y cuidado. Afirmó que en el presente asunto no se acreditó perjuicio alguno; además, la promotora de la litis ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al realizar traslados entre AFP; por lo que ahora no puede beneficiarse de su propia culpa. Solicitó que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, se absuelva de devolver los gastos de administración y las primas del seguro previsional. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto, al momento del traslado de régimen, el asesor de Protección S.A. no le brindó información suficiente sobre las implicaciones del traslado de régimen.*

#### *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 de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto*

*que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “la decisión de traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 debió dar la AFP Davivir, hoy Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 9 de junio de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte, afirmó que en el año 1994 la llamaron del área de recursos humanos de la empresa en la que trabajaba y le dijeron que un asesor le iba a dar una información importante; ese asesor era de la AFP Davivir, quien le dijo que el ISS estaba al borde de la quiebra, por lo que su mejor opción era pasarse a una AFP; también le aseguró*

*que el Estado no podría responder por lo que pasara con el ISS, razón por la cual perdería las semanas allí cotizadas. El asesor de la época le informó que, en caso de llegar a pensionarse en el ISS, su pensión sería de un salario mínimo, mientras que en el RAIS sería acorde con su salario en ese momento y no se perdería las semanas cotizadas en el ISS; también le aseguró que en la AFP podría tener beneficiarios de su pensión, algo que no sucedería si permanecía en el ISS. Fue por estas razones que firmó el formulario y se trasladó de régimen.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 181 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 181 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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 a su estado original; por lo que no es admisible concluir que el tiempo de permanencia en ese régimen es suficiente para subsanar cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de las AFP accionadas en sus apelaciones, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativos a que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera y que no puede beneficiarse de su propia culpa, 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*

---

<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.

*rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que 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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que 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 la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

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

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado