

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 MANUEL ENRIQUE BARRIOS VARGAS CONTRA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA - SAYCO*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Noveno 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*

*Manuel Enrique Barrios Vargas, por medio de apoderado judicial, demandó a la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, Sayco, para que se declare*

*que es ineficaz la terminación del contrato de trabajo comunicada el 29 de abril de 2015, cuando estaba vigente una negociación colectiva entre la empresa y el Sindicato de trabajadores de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia Sayco "Sintrasayco" y estando afiliado a éste. En consecuencia, se condene a la enjuiciada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando a partir del 30 de abril de 2015 sin solución de continuidad para todos los efectos legales, y al pago de los salarios dejados de percibir, cesantías causadas, intereses de la cesantías, vacaciones, primas de servicio, causadas desde el 30 de abril de 2015 hasta la fecha de reintegró; así como los aportes al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y arl) desde el 24 de septiembre de 2015, sanción de no pago de cesantías (artículo 99 de la ley 50 de 1990) indexada, así como lo ultra y extra petita y la costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 101 y 102 del expediente digitalizado los que en síntesis indicó que: ingreso a laborar con la demandada el 12 de febrero de 2014 mediante contrato laboral a término indefinido, en el cargo de Director de Operaciones y su último salario fue de \$5.605.600; se vinculó a la organización sindical Sintrasayco; y desde marzo de 2014 se realizaron los descuentos por concepto de cuota sindical; el 20 de octubre de 2014 Sintrasayco radicó ante el Ministerio de Trabajo denuncia por vencimiento de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 2012 a 2014; el 4 de noviembre de 2014 se presentó pliego de peticiones ante Sayco; el 11 de noviembre del mismo año se inició la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva y culminó el 9 de diciembre de 2014; el 9 de marzo de 2015 mediante resolución 830 el Ministerio de Trabajo ordenó la integración de un Tribunal de Arbitramento, en cual fue conformado a través de la resolución No. 878 del 15 de marzo de 2016; el 24 de febrero de 2015 Sayco le notificó la terminación unilateral del contrato de trabajo del actor; el 4 de mayo de 2016 se expidió laudo arbitral. Agrega que el 21 de junio de 2018 presentó reclamación administrativa solicitando su reintegro al amparo del fuero circunstancial lo cual es negado por la entidad; junto con el demandante se han despedido a siete personas más de las cuales seis de ellos ya fueron reintegrados; se han nombrado nuevos empleados lo que evidencia que no era por lo que ellos alegaban por causas de ajustes administrativos y de organización interna.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la enjuiciada en forma legal y oportuna en escrito incorporado a folios 197 a 203 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas, frente a los hechos acepta parcialmente la vinculación con la empresa argumentando que la fecha de ingreso es 5 de junio de 2014 a través de un contrato a término indefinido acepto el cargo desempeñado y el último salario devengado, la denuncia de la convención colectiva, el pliego de peticiones la etapa de arreglo directo, la resolución del Ministerio de Trabajo donde ordena la integración del tribunal de arbitramento y la de su integración, la expedición del laudo arbitral frente a los demás dijo no ser ciertos. Como medios de defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de fuero circunstancial, cobro de lo no debido, y la genérica.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia fl. 235, acta fls. 236 a 237) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; se declaró probada la excepción sin existencia de fuero circunstancial y cobro de lo no debido; condenó en costas al demandante.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que el fallo de primera instancia se aparta de la naturaleza sindical vulnerando el principio de libertad sindical sin tener en cuenta los convenios 87 y 98 los cuales hacen parte integrante y vinculante para el juez al momento de resolver este tipo de caso; igualmente no se analizó bien el cargo que el actor desempeñaba pues pone en riesgos que cualquier empleador ponga nombre de jefe o director para privarlo o aislarlo de la posibilidad de pertenecer a una organización sindical, el cual no se demostró que él ejerció dirección o autoridad tanto así que la demandada por ley está definida cual es la*

*organización directiva y quienes son los verdaderos representantes de una empresa entonces hay una indebida apreciación de la prueba por parte de la juez de primera instancia cuando extrae de los testimonios logrando evidenciar que el actor no ejerció ningún cargo de dirección, confianza y manejo el cual le permita ser excluido del beneficio del fuero circunstancial.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada adujo que el actor fue un trabajador de dirección, confianza y manejo, motivo por el que no proceden las suplicas de la demanda.*

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

*Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante en su recurso de apelación.*

#### *NEXO LABORAL*

*No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 5 de junio de 2014 al 29 de abril de 2015, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Director de Operaciones y su último salario básico fue de \$5.605.600; según se colige del contrato de trabajo (fls. 120 a 125), de la carta de terminación del mismo de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador debido la reorganización de la entidad, con el reconocimiento de la indemnización respectiva (fl. 137), de la liquidación final del contrato (fl. 138); así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda, y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte.*

## FUERO CIRCUNSTANCIAL

*La inconformidad de la parte demandante con la decisión del a quo radica en que cuando fue despedido tenía la garantía del fuero circunstancial, al ser afiliado a la organización sindical Sintrasayco”, teniendo en cuenta que el cargo desempeñado, no es de dirección, confianza y manejo, por lo que no se encuentra excluido de la aplicación de ese beneficio foral.*

*Al punto es preciso destacar que el Decreto 2351 de 1965, artículo 24, prevé:*

*“Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”*

*Así mismo, el Decreto 1469 de 1978, en su artículo 36, señala:*

*“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.”*

*Con arreglo a tales disposiciones es que surge la figura del fuero circunstancial, en virtud del cual, los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que hayan presentado pliego de peticiones, no pueden ser despedidos sin justa causa comprobada durante el trámite del conflicto colectivo, esto es, desde la presentación del pliego hasta la firma de la convención, del pacto o la firmeza del laudo arbitral, de modo que, cuando un trabajador es despedido, el mismo es ineficaz. El objeto de la prohibición legal, que por tal razón se extiende durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto económico, es el de procurar la intangibilidad de estos trabajadores con el fin de que no resulten afectados por medidas retaliatorias y, así mismo, la de evitar que se afecten las proporciones entre trabajadores vinculados o no al conflicto, para impedir que de tal forma se generen cambios en las mayorías, que habrán de ser muy importantes al momento de tomar determinaciones sobre el objetivo del conflicto (CSJ, SL, sentencia del 28 de agosto de 2003, radicación 20155)*

## EXISTENCIA DEL CONFLICTO ECONÓMICO COLECTIVO DE TRABAJO Y DE LA GARANTÍA DE FUERO CIRCUNSTANCIAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

*Para resolver sobre este punto, la Sala encuentra que el 20 de octubre de 2014 se presentó por parte de la organización sindical "Sintrasayco" ante el Ministerio de Trabajo, denuncia de convención colectiva de trabajo suscrita con la encartada (fls 27 y 28); el 4 de noviembre del mismo año dicha asociación sindical hizo entrega del pliego de peticiones a la entidad demandada (fl. 31); iniciándose de esta manera el conflicto económico colectivo que culminó con la suscripción del correspondiente laudo arbitral el 4 de mayo de 2016 (fls. 17 a 26), el cual quedó ejecutoriado el 25 de mayo siguiente. No obstante lo anterior, dentro del proceso, no se encuentra demostrada la condición de afiliado del demandante a la asociación sindical "Sintrasayco".*

*Frente a esto conviene citar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, la que fue reiterada y citada in extenso en la sentencia del 10 de julio de 2012 de radicado No. 39.453<sup>1</sup>, en la que se dijo:*

*"El artículo 25 del Decreto 2351, prohíbe los despidos sin justa causa comprobada de los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones, protección que está comprendida desde la presentación de dicho pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para la solución del conflicto.*

*Los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, señalaron que la protección antes dicha cobijaba a los trabajadores afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación de tal pliego al empleador, hasta cuando el conflicto se solucionara mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quedara ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.*

*La anterior reseña normativa es clara, en principio, en distinguir cuáles son los trabajadores amparados por el denominado fuero circunstancial, que no son otros que los afiliados al sindicato que hayan presentado un pliego de peticiones, o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza.*

*Así lo ha dejado entrever la Corte, tal como puede observarse en la sentencia de casación del 11 de agosto de 2004, radicación 22616, al expresar que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, "contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados".*

---

*Sin embargo, tal entendimiento no se queda en la literalidad de las disposiciones como parece concebirlo el Tribunal, por lo siguiente:*

*Es indudable que la teleología de las normas apunta a mantener el equilibrio de fuerzas entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto --sean o no sindicalizados-- y el empleador con el fin de evitar que éste, prevalido de su poder subordinante, utilice el despido de sus servidores para mermarles su capacidad de negociación y de contratación. Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz.*

*Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis.*

*En efecto, un despido masivo de trabajadores o de un número importante de ellos durante el trámite de un conflicto colectivo que no hayan presentado el pliego de peticiones y que no alcance la calificación de despido colectivo, puede afectar a la comunidad obrera por las connotaciones de todo orden que ello encierra. Y ese impacto negativo puede traer consigo el debilitamiento de dicha comunidad con incidencia en la solución del conflicto y desde luego, no es ese el resultado que quiere y que ha querido el legislador.*

*En cambio, cuando los trabajadores comprometidos en el conflicto ven incrementado su número, con el apoyo que reciben de otros compañeros suyos que en un principio no estuvieron dentro de aquellos que presentaron el pliego de peticiones al empleador, el equilibrio de fuerzas atrás mencionado también adquiere mayor entidad y peso y la solución del conflicto puede darse rápidamente, bien por el mecanismo de la autocomposición o ya acelerando la convocatoria del Tribunal.*

*Ahora, el razonamiento del Tribunal según el cual el legislador no quiso que la protección en conflicto colectivo “fuera un refugio para los trabajadores de la empresa que se vincularan al sindicato en ese período de negociación, simplemente con la finalidad de evitar un despido”, no es equivocado, pues si la intención del asalariado es la de evitar su desvinculación pese a existir justas causas, la protección no lo cobija en ningún momento, pues así estuviera dentro de los que presentaron el pliego de peticiones, el empleador puede despedirlo, obviamente si esas justas causas existen y son comprobadas”.*

*Entonces, como quiera que el demandante fundó la pretensión en el hecho de ser afiliado a la organización sindical que presentó el pliego de peticiones, “Sintrasayco”, lo cual no demostró, y por el contrario, de acuerdo con lo aceptado por el mismo promotor al absolver interrogatorio de parte, admite la no afiliación al sindicato, sin embargo invoca el fuero circunstancial por extensión al ser trabajador de la demandada y al haberse realizado descuentos con destino dicho sindicato, lo cual tampoco fue demostrado ya que si bien los testigos que concurrieron al proceso afirmaron que en efecto ocurría, al proceso no se allegó ninguna prueba que soportara tan circunstancia, por lo que resulta superfluo entrar a examinar si cargo desempeñado por el demandante fue de*

*dirección, confianza o manejo, pues se reitera que para gozar de dicha garantía se requiere ser afiliado a la organización sindical, en este particular caso. Por las anteriores razones y sin lugar a más miramientos, se impone confirmar la sentencia apelada.*

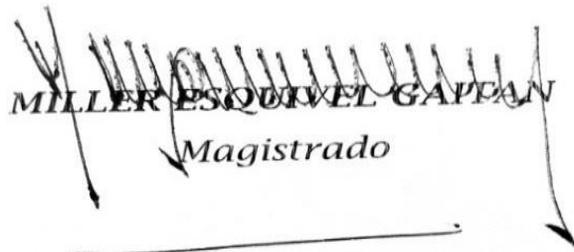
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

*Notifíquese a las partes en legal forma 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 PATRICIA DEL SOCORRO ARANGO LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMIBNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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.*

*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 demandadas, contra la sentencia del 26 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta a favor de Colpensiones.*

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

*Patricia del Socorro Arango López, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la administrador Colombiana de Pensones, Colpensiones, y la AFP Protección S.A., para que se declare: la nulidad del traslado del RPMPD*

*al RAIS a través de Protección S.A.; en consecuencia, se ordene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los aportes pensionales junto con los rendimientos y cuotas de administración; y a ésta última a activar la afiliación de la demandante; de igual manera, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 48 a 66/ pdf. 93 a 129 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: nació el 2 de diciembre de 1962, se afilió al otrora ISS el 16 de enero de 1986, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; la Ley 1151 de 2007 dispuso la liquidación de Cajanal, Caprecom y el ISS, y la conformación de Colpensiones; el 1º de junio de 1995 se cambió de régimen pensional por medio de Protección S.A., luego de que el asesor le manifestara que en el régimen privado obtendría una mesada superior a una edad temprana sin necesidad de aportes voluntarios, pero no le hizo mención de desventajas de la afiliación, de manera que no expresó su consentimiento informado; no se elaboró un cálculo estimando la mesada en ambos regímenes, ni se le entregó copia del formulario rubricado; también se le dijo que el ISS se acabaría; no tenía conocimientos financieros para advertir el perjuicio que le ocasionaba el traslado; después de la vinculación ningún asesor del fondo de pensiones le habló de la conveniencia de retornar al RPMPD; solicitó a las demandadas la nulidad del traslado al RAIS, pretensión que fue desfavorable por estar inmersa en la prohibición del artículo 2º de la ley 797 de 2003; la AFP elaboró proyección pensional en el año 2018, en la cual se evidenció que el valor de la mesada pensional sería superior en Colpensiones.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 79 a 112/Pdf. 154 a 220 del expediente digital, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes al natalicio de la demandante, que inició realizando cotizaciones al ISS, la reclamación administrativa efectuada y la respuesta expedida; sobre los restantes manifestó que no le constaban o*

*que no eran ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, Protección S.A., dio contestación a la demanda, mediante escrito obrante a folios del Pdf. 353 a 337 del expediente digital, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; en cuanto a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la activa, la afiliación a ese fondo de pensiones, la solicitud efectuada y la respuesta expedida; sobre los restantes dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso de fondo las excepciones enlistadas como 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad/ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; 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.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 2) a través de la cual decidió declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS el 1° de mayo de 1995; ordenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y a ésta última a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la señora Arango López, declaró no probadas las excepciones; e impuso costas a cargo de la AFP.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Protección S.A., la recurre en apelación manifestando en síntesis, que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, debido a que estos también se habían causado en el RPMPD, además la cuenta de ahorro individual se ha visto beneficiada con la gestión del fondo de pensiones ya que se han causado rendimientos, agregó que los gastos de administración no financian la pensión, por tanto no afectan el momento de la pensión, de manera que la condena debe dirigirse únicamente a la devolución de los aportes y sus rendimientos, pues devolver los gastos de administración causa un enriquecimiento sin justa causa Colpensiones; en caso de que se mantenga la orden de su devolución debe proceder la prescripción respecto de los aquellos.*

*Colpensiones por su parte pide la revocatoria total de la sentencia en atención a que no media la solidaridad de la activa con el sistema de pensiones, conllevando a que sea el Estado y los demás afiliados los que financien la prestación situación que afecta el equilibrio económico del régimen público; la demandante manifestó su descontento con el momento de la pensión lo que no constituye un fundamento para que prospere la nulidad.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, en razón a que la activa se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003, además que no ejerció su derecho de retracto.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandada en sus recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.*

### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. 2 fl. 4/Pdf. 7); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 1° de mayo de 1995, efectivo a partir del 1° de junio del mismo año a la AFP Protección S.A. (C.D. fl. 2 Pdf. 387) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad; en este sentido se recuerda 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), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico. Por lo que la alzada se restringe a revisar la alegación del desequilibrio económico y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones y las inconformidades planteadas por Protección S.A.*

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

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; 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 la tesis del fondo de pensiones 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 rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

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

*hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo; sin que tenga por qué subvencionarse con dicho dineros la pensión de otros afiliados. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

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

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

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Protección S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una

Notifíquese 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 BERNARDA LIRIA RESTREPO DE CALDERÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*

*En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta, en asocio de los demás magistrados que integramos la Sala Tercera de Decisión.*

*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 la parte demandante contra la sentencia del 9 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Transitorio 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*

*Bernarda Liria Restrepo de Calderón, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para*

*que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a través de la resolución No. 03337 de 1990 con ocasión del fallecimiento de su esposo Víctor Roberto Calderón Cabrera, al no haberse calculado la prestación con la tasa de reemplazo establecida en el art. 15 del Decreto 3041 de 1966 o subsidiariamente se condene a la indexación de la primera mesada pensional; el reconocimiento y pago del retroactivo de mesadas pensionales causado desde la fecha del reconocimiento pensional (7 de octubre de 1988) hasta la fecha en que se hizo la inclusión en nómina, 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 2 y 3 del expediente digitalizado, archivo 02 del cd fl. 2), en los que en síntesis indicaron que: su cónyuge Víctor Roberto Calderón Cabrera falleció el 7 de octubre de 1988, siendo cotizante con el ISS hoy Colpensiones; entidad que a través de la resolución 03337 de 1990 le reconoció en forma proporcional, junto con su hija Catalina María Calderón Restrepo (hoy mayor 25 años) pensión de sobrevivientes a partir del 7 de octubre de 1988 en cuantía inicial de \$25.638,00 con base en 978 semanas cotizadas, a pesar de que en otra parte la entidad reconoce que cotizó 1065; que el IBL teniendo en cuenta fue de \$47.176, al que se aplicó una tasa de reemplazo del 45% y se omitió efectuar la indexación de la primera mesada pensional, por lo que no fue debidamente calculada; que el 27 de julio de 2017 solicitó la reliquidación de la prestación que le fue reconocida y Colpensiones a través de la resolución SUB 144552 de 2017 la negó con el argumento de que esta liquidada conforme a derecho, decisión que fue confirmada en resolución SUB 22217 de 2018 y DIR 2191 del mismo año que resolvieron los recursos de reposición y de apelación interpuestos, respectivamente.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada) en legal forma y dentro del término, por la demandada Colpensiones (fls. 51 a 60 del expediente digitalizado, archivo 02 del cd fl. 2) en el que se opuso a todas y cada*

*una de las pretensiones, frente a los hechos los acepta en su mayoría, excepto el relacionado con la liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida. Como medio de defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, 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 (grabación de audiencia y acta incorporadas en el expediente digitalizado), en la que declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, consecuentemente absolvió a Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones, sin costas.*

*Para llegar esta conclusión el a quo considero que la prestación efectivamente fue mal liquidada al tener en cuenta el ingreso base de liquidación reconocido por el ISS en el acto administrativo que le otorgó el derecho pensional a la demandante y el número de semanas cotizadas demostrado en el proceso, existiendo una diferencias de mesadas pensionales en favor de la actora hasta 2012, debido a que de acuerdo con los reajustes pensionales legales, la mesada pensional a partir de 2013 equivale al salario mínimo legal mensual vigente y teniendo en cuenta la fecha de reclamación de la prestación las diferencias existentes se encuentran prescritas.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación indicando que no se debe tener en cuenta la prescripción de mesadas pensionales, si bien no se pidió la reliquidación pensional con anterioridad, este es un derecho social que no está sometido a las reglas de la prescripción trienal, por lo que insiste que se debe ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo de las diferencias de mesadas pensionales existente entre la fecha en que se otorgó la prestación 7 de*

*octubre de 1988 y diciembre de 2012, sin que se deba aplicar el fenómeno prescriptivo, conforme la sentencia SU 298 de 2015.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes presentó alegaciones 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 propuestos por la parte demandante, el que se concreta a la prescripción de diferencia de mesadas pensionales dispuesto por el a quo.*

#### **CALIDAD DE PENSIONADO**

*De conformidad con la resolución No. 3337 del 29 de mayo de 1990, el ISS hoy Colpensiones le reconoció a la promotora junto con su menor hija Catalina María Calderón Restrepo pensión de sobrevivientes a partir del 7 de octubre de 1988, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Víctor Roberto Calderón Cabrera, en cuantía inicial de \$25.638,00 con base en 978 semanas cotizadas, de conformidad con lo previsto en Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 del mismo año (fls. 13 a 16 del expediente digitalizado). El juzgado de conocimiento determinó que había lugar a la reliquidación pensional, existiendo una diferencia de mesadas pensionales entre la fecha del reconocimiento y diciembre 2012, teniendo en cuenta que a partir de 2013 el valor de la mesada pagada corresponde a la que tiene derecho; y aplicó la prescripción del retroactivo de las mismas debido a que la demandante tan solo presentó reclamación de la reliquidación de la pensión de sobrevivencia el 25 de julio de 2017*

#### **RETROACTIVO PENSIONAL - PRESCRIPCIÓN**

*El único motivo de inconformidad que presenta el demandante en este aspecto se centra en que no se aplique el fenómeno prescriptivo sobre las diferencias de mesadas pensionales causadas entre el 7 de octubre de 1988 y el 31 de diciembre de 2012, mientras que la demandada desde la contestación de la demanda insiste que dada la fecha en que se presentó la reclamación prestacional aplica la prescripción extintiva de mesadas pensionales.*

*La demandada propuso la excepción de prescripción y para resolver el medio exceptivo se tiene que por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y 151 del CPT y SS, en tanto que dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo.*

*Aquí, es preciso dejar sentado, la imprescriptibilidad de la pensión se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años, prevista en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social<sup>1</sup>;; como lo reiterado de vieja data la jurisprudencia de los máximos tribunales de justicia, entre otras en sentencias de control abstracto de constitucionalidad, C-230 de 1998 y C-624 de 2006,<sup>2</sup> y en sede de control concreto, en las sentencias SU-430 de 1998 y T-274 de 2007; así como en las SU 298 y 567 de 2015, por lo que es equivocada la interpretación que hace el recurrente en este aspecto.*

*Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se deriva dos situaciones: una, la*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-932 de 2008.

<sup>2</sup> Sentencia C-230 de 1998, C-198 de 1999 y C-624 de 2006.

*interrupción de la prescripción, y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplan con los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva, pero ante tal desconocimiento no conlleva la imprescriptibilidad de las mesadas adeudadas, por lo que teniendo en cuenta que es una prestación de tracto sucesivo, para efectos de interrupción de la prescripción se debe tener en cuenta hasta la última reclamación que presente el solicitante.*

*No es motivo de controversia que el derecho pensional se causó desde el momento del fallecimiento del afiliado Víctor Roberto Calderón Cabrera, el 7 de octubre de 1988, (art. 29 y 32 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 del mismo año), por lo que es a partir de esa fecha que inicia a correr el término prescriptivo, por tanto como quiera la parte demandante tan solo elevó la reclamación administrativa en procura de obtener la reliquidación de su derecho pensional el 25 de julio de 2017, conforme se depende de la resolución SUB 244552 del 31 de octubre de 2017 (fls 30 a 35 del expediente digitalizado, y al revisar el expediente administrativo, no encontró la Sala más documental, que lleve a constatar una interrupción de la prescripción con fecha anterior a las ya indicadas, es claro para la corporación que el retroactivo de diferencias de mesadas pensionales, establecido por el a quo entre el 7 de octubre de 1988 y el 31 de diciembre de 2012, se ve afectado con el fenómeno prescriptivo al haber transcurrido más de los tres años que establece la norma a que se hizo referencia, siendo del caso confirmar la decisión de primera instancia en ese sentido.*

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

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** *Costas de la instancia a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese en legal forma 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 NYDIA MARCELA DELGADILLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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, 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 demandadas, contra la sentencia del 28 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Transitorio 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

*Nydia Marcela Delgadillo, 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 ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., realizado el 15 de septiembre*

*de 1994, ante la inobservancia en el deber de información de ésta, consecuentemente se declare que nunca se trasladó al régimen privado y se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, así como la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, sumas que deberán trasladarse de manera indexada. Se condene a las demandadas por las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 10 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: se afilió y realizó aportes para pensión en el RPMPD con el ISS hoy Colpensiones desde el 25 de marzo de 1986 al 30 de septiembre de 1994, ya que el 15 del mismo mes y año suscribió formulario de afiliación al RAIS con la AFP Protección S. A., la cual se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1994; que estando laborando para Reaseguradora de Colombia S.A., se hizo presente un asesor de la AFP demandada ofreciéndole que se trasladara a ese Fondo por ser más beneficioso frente al que estaban afiliados sin explicar las razones del porqué lo era, no informó sobre las ventajas o desventajas de cada régimen pensional, tampoco sobre las consecuencias que podía generar su traslado frente a los beneficios de permanecer en el RPMPD; no se le hizo proyecciones para hacer un comparativo de lo que podía ser su pensión en casa régimen, no se le explicó sobre las formas para obtener su pensión en RAIS, ni que el valor de la pensión estaba sujeta al valor de los rendimientos obtenidos y se podía bajar de acuerdo con las tasas de interés del mercado; que el asesor se le indujo a error a través de engaños para que se trasladara indicándole que su pensión iba a ser muy superior a la que podía tener de permanecer en el ISS. Agrega que nació el 24 de marzo de 1961, se encuentra afiliada a la AFP demandada que solicitó a Colpensiones y a la AFP Protección S.A., respectivamente la anulación de su afiliación al RAIS y su retorno inmediato al RPMPD, 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. 90 a 98 del expediente digitalizado, archivo 02. del C.D. de folio 2); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, 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: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir 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 122 a 143 del expediente digitalizado, archivo 02 del C.D. de folio 2), en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., la proyección de pensión realizada por solicitud del promotor 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 del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.*

#### **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 en cd fl 2) en la que declaró a ineficacia del traslado de la señora Nydia Marcela Delgadillo Romero del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por la AFP Protección S.A., realizado el 15 de septiembre de 1994; consecuentemente que se encuentra válidamente vinculada a RPMPD*

*la, como si nunca se hubiera trasladado; condenó a la demandada AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo las demandadas la recurren, así: la AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena por la devolución 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, al tener éstos 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 la AFP demandada cumplió con el deber de información, si tiene en cuenta no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, acredita documentalmente la información brindada al momento de realizarse el traslado, 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 25 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen, además 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; y de mantenerse la nulidad, se adicione la sentencia en el sentido de que también se ordene la devolución de lo descontado por seguro previsional, a fin de que todos los*

valores se tengan en cuenta para el financiamiento de prestación a cargo de esa entidad.

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia pidiendo que se confirme el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante; ya que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional, como bien lo tiene dilucidado la jurisprudencia.*

#### CONSIDERACIONES

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

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - 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, como bien lo advierte en el recurso al no participar en ese negocio jurídico. 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. el 15 de septiembre de 1994 con efectividad desde el 1° de*

*octubre de la misma anualidad 1998 (anexos a la contestación de la demanda de Protección S.A., (cd fl 2), 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.*

*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 admisible la defensa que hace 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.*

*“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*

---

<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.

*trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003), no habiendo lugar a adicionarse la sentencia en la forma pedida por Colpensiones.”*

*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. 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, acotando que la decisión no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financias las prestaciones económicas a cargo de la entidad.*

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

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

#### RESUELVE

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

**Segundo.-** *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 MYRIAM CASTAÑEDA TIBAQUIRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 26 de abril de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*Myriam Castañeda Tibaquira, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. para que se declare la nulidad del traslado al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A. el 1º de abril de 2005. En consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca hubiere operado el traslado, y a esta última a aceptar el traslado, lo ultra y extra petita, y por las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folio 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: se cambió al RAIS el 1° de abril de 2005 por medio de Colfondos S.A., sin embargo, no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias de ese cambio; de manera regular desde su afiliación ha realizado aportes al fondo privado, recibiendo los extractos que indican el valor ahorrado, las utilidades y el número de semanas, pero no contienen el valor de la pensión a recibir, la AFP no le dijo que le convenía más el RPMPD, pese a que el contrato suscrito entre las partes le obliga a informar de manera periódica y con veracidad, cumpliendo únicamente con el deber de administrar.*

#### **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. 63 a 76); en cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia por falta de agotamiento de la vía administrativa y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.*

*Colfondos S.A. dentro del término legal se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 113 a 140). Aceptó los hechos referentes a la vinculación de la activa a esa AFP, la información contentiva en los extractos. Sobre les restantes dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso la excepción previa de integración del litis consorcio de la parte pasiva, y perentorias las enlistadas como inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la genérica o innominada.*

*En audiencia del 23 de julio de 2019 (fls. 230 y 231) se declaró probada la excepción previa de falta de integración de litis consorte necesario por pasiva, por lo que se ordenó la vinculación de Porvenir S.A., fondo de pensiones que en el plazo legal describió el traslado a la demanda (fls. 294 a 314), presentó oposición a las pretensiones; frente a los hechos señaló que no le constan. Como excepciones de fondo incoo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2) en la que declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 1º de julio de 1995, así como los traslados horizontales; declaró como aseguradora de la activa a Colpensiones; ordenó a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aporte girados por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales a su emisor; Condenó en costas a las enjuiciadas en suma de un SMLMV, a cargo de cada una de estas.*

## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre al considerar que se debe analizar el caso en concreto, en atención a que la única obligación para materializar el traslado en la época que ocurrió, era la manifestación voluntaria expresada en la suscripción del formulario de afiliación, en todo caso, la AFP brindó información suficiente, aunque con el interrogatorio no se lograra acreditar; de las pruebas documentales, se puede extraer que tuvo varias asesorías con la suscripción de los formularios posteriores en ese régimen; todos los dineros se trasladaron a Colfondos S.A.*

*A su vez, Colpensiones adujo que no se acreditaron vicios de consentimiento ni el error de derecho, de manera que a la actora le correspondía demostrar los supuestos facticos de las alegaciones conforme al art. 167 del CGP.*

*Colfondos S.A. señaló que la demandante no probó en el curso del proceso vicio de consentimiento alguno que conllevara a la nulidad de su afiliación, por el contrario hizo uso de su autonomía de la voluntad, ratificando en dos oportunidades la voluntad de pertenecer al RAIS, afiliándose a varias administradoras pese a que contaba con la posibilidad para entonces de retornar a Colpensiones; la AFP cumplió con la legislación vigente la momento del traslado.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.*

*A su vez, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, en razón a que la activa se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003; de igual manera no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, aunado a que no se puede eximir a la señora Castañeda Tibaquira del deber que le asistía de concurrir de manera suficientemente ilustrada para efectuar el 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 en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones en los alegatos hace referencia a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 61 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 2 carpeta expediente administrativo); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se*

*debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 1° de julio de 1995, efectiva a partir del 1° de agosto del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (C.D. fl. 2 fl. 348) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podía tener el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual”, 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 1º de julio de 1995, efectivo a partir del 1º de agosto de la misma anualidad (C.D. fl. 2 fl. 348). Precisando 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 suscribió sólo un formulario de traslado en 1994, para la época en la entidad que trabajaba acudieron los asesores de varios fondos debido a que Caprecundi, se iba a liquidar al igual que Cajanal; el formulario de cambio de régimen lo diligenció el promotor, ella se limitó a afirmarlo; suministró la información de los beneficiarios a Colfondos S.A.; en 1994 estuvo afiliada hasta 2005 a Porvenir S.A. cuando el asesor de Colfondos S.A., en ese momento estaba haciendo el trámite de las cesantías para el estudio de sus hijos y el asesor de ese fondo de pensiones le dijo que le ayudaba con el trámite siempre y cuando también se vinculara en pensiones; en 2008 llamó a Colpensiones a solicitar el traslado y le dijeron que estaba a menos de 10 años para pensionarse, por lo que decidió permanecer en el RAIS; cuando tenía 55 años, acudió a Colfondos S.A. y allí le dijeron que le era más benéfico el RPMPD; mientras estuvo afiliada a Porvenir S.A. no recibió extractos, supo de la posibilidad de aportes voluntarios un año atrás, cuando le hicieron la proyección pensional le dijo que se pensionaba con el salario mínimo en el momento en que iba a pensionarse; continuó trabajando a la fecha; no sabe que son gastos de administración.*

*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. Sin que sea legítimo hablar de ratificación de la validez de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en junio de 1995.*

*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 350 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. 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 350 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.*

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

*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.*

*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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que 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*

*En atención 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no*

---

<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.

*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.*

*Pese a que en la sentencia objeto de alzada se condenó a ambos los fondos de pensiones a devolver la totalidad de los aportes girados por concepto de cotizaciones de la actora, es de resaltar que la sentencia se refiere en el caso de los fondos de pensiones a los que ya no está vinculada, a que procedan a la devolución de los gastos de administración y seguro previsional. Así que para no causar confusión, y ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la señora Myriam Castañeda Tibaquira en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a esos fondos, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

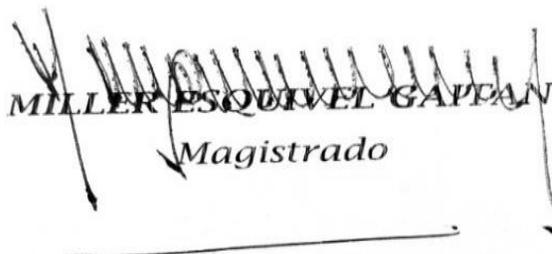
**R E S U E L V E**

**Primero.-** Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a cada fondo. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

**Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 a cargo de cada una de las apelantes 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 JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MIREYA PICO JOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA  
DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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,*

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuesto por la parte  
demandante contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por el  
Juzgado Treinta y Ocho 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*

*Mireya Pico Joya, por medio de apoderada judicial, demandó a la  
Administradora Colombiana de Pensiones para que se declare que José Miguel  
Moreno Hernández dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en  
aplicación del principio de condición más beneficiosa. En consecuencia, se*

*condene al reconocimiento y pago de la prestación a partir del 1° de noviembre de 1996; junto con los intereses moratorios, y 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 señor José Miguel Moreno Hernández falleció el 1° de noviembre de 1996; la causa del deceso fue de origen común; en vida se encontraba afiliado al otrora ISS, al que cotizó más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994; contrajo nupcias con el de cujus el 5 de julio de 1975, con quien convivió hasta el deceso del cónyuge, motivo por el que elevó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la cual se resolvió de manera negativa en 1997, de conformidad al artículo 46 de la ley 100 de 1993; en su lugar, la administradora procedió a reconocer la indemnización sustitutiva.*

#### 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. 98 a 103). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con la convivencia de la demandante con el causante José Miguel Moreno Hernández manifestando que no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo debido, prescripción, 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. 2) en la que declaró que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 1° de noviembre de 1996, en cuantía equivalente al SMLMV, por 14 mesadas al año, y al pago del retroactivo causado de manera indexada; declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas hasta marzo de 2016; autorizó a Colpensiones a descontar le valor indexado de la indemnización sustitutiva pagada a la activa mediante la resolución 017202*

*del 1º de octubre de 1997, y el valor de los aportes en salud; .se abstuvo de imponer costas.*

#### *RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora considera que el valor de la mesada pensional es superior al SMLMV, si bien lo solicitado en la demanda fue una mesada pensional equivalente al valor ordenado por el fallador, lo cierto es, que el valor de la prestación debe ser mayor; de igual manera, aduce que procede el reconocimiento de los intereses moratorios ya que aquellos operan para las prestaciones reconocidas con anterioridad a la ley 100 de 1993 de conformidad a la variación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; tampoco procede el descuento de la indemnización sustitutiva de manera indexada.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante reitero lo esgrimido en el recurso de alzada.*

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

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

#### *CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES*

*No fue motivo de controversia y se encuentra acreditado en el proceso que José Miguel Moreno Hernández ostentaba la calidad de afiliado al ISS, hoy Colpensiones, según dan cuenta la Resolución N° 017202 del 1º de octubre de 1997 (CD fl. 2 archivo 01. fl. 12) y el reporte de semanas cotizadas (CD fl. 2 carpeta 02); tampoco lo es que afiliado falleció el 1º de noviembre de 1996,*

*conforme se establece con el registro civil de defunción (CD fl. 2 archivo 01 fl. 10).*

*De igual manera no se controvirtió la condición de cónyuge de la señora Mireya Pico Joya y el causante Moreno Hernández, acreditado con el registro civil de matrimonio incorporado a folio 11 del plenario.*

#### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA*

*Solicita la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de condición más beneficiosa, por acreditar los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.*

*Así las cosas, en lo que hace al mencionado principio, cumple resaltar que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo: “a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte”, o “b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”. Encontrándose el de cujus en este segundo supuesto; empero, al revisar su historia laboral encuentra la Sala que en el año inmediatamente anterior al deceso no cotizó semanas.*

*No obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva*

*norma que ha de aplicarse. Así, que si no se cumple con los requisitos vigentes al momento del deceso (Ley 100 de 1993 en su redacción original), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por ser ésta la norma **inmediatamente** anterior, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cuál se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”<sup>1</sup>; posición recientemente reiterada en la sentencia SL1938 del 10 de junio de 2020, con radicado N° 70924. Entonces, se tiene que los artículos 6° y 25 del referido acuerdo exigían haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, o 300 semanas en cualquier época.*

*Las reglas y principios orientadores relacionados con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando el causante muere en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, fueron sintetizados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4150 del 24 de septiembre de 2019, en la que rememora las sentencias SL11548 de 2015, SL29042 del 26 diciembre de 2006 y la SL28893 del 4 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:*

*“1) Las 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez, y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, 1 de abril de 1994.*

*2) Los afiliados que fallecieron entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000, debieron haber dejado acreditadas 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los 6 años anteriores a su deceso, sumatoria que se contará desde el momento de la defunción, hacia atrás, permitiendo en todo caso, la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993.*

*3) Los afiliados que murieron después del 31 de marzo de 2000, como en el presente caso, debieron reunir 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al 1 de abril de 1994, y esa misma densidad, entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.”*

*Significa lo anterior, que la actora debió demostrar que el causante tenía cotizadas al ISS 300 semanas en cualquier época antes del 1° de abril de 1994*

---

<sup>1</sup> Ver entre otras la sentencia del 30 de abril de 2014, rad. 57442 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz), 27 de agosto de 2008, rad. 3315 (MP Luis Javier Osorio López); 21 de julio de 2010, rad. 41676 (MP Gustavo José Gnecco Mendoza); 5 de abril de 2011, rad. 40492 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz); 6 de diciembre de 2011, rad. 49291 (MP Luis Gabriel Miranda Buelvas); 10 de julio de 2013, rad. 41619 (MP Elsy del Pilar Cuello Calderón).

*(fecha en que entró en vigor de la Ley 100 de 1993), o 150 en los 6 años anteriores a esa precisa data, y de cumplirse este último requisito, era menester también que el asegurado fallecido tuviese esa misma densidad de semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de su muerte.*

*Establecido lo anterior, verifica la Sala que, con anterioridad al 1° de abril de 1994, el causante efectivamente acreditó 932,57 semanas cotizadas; de lo que se concluye que efectivamente Moreno Hernández dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.*

*Ahora, la condición de beneficiaria de la demandante Mireya Pico Joya la cual fue aceptada por el ISS, hoy Colpensiones, desde la resolución N° 017202 del 1° de octubre de 1997 (CD fl. 2 archivo 01. fl. 12), mediante la cual le otorgó la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, sin que dicha calidad de controvirtiera en el trámite del presente asunto; por lo que no cabe duda para la Sala que a la promotora les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama por la muerte de su cónyuge, al amparo de la condición más beneficiosa; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.*

*En cuanto al monto de la pensión, como se dijo el causante cotizó 932,57 semanas, por lo que la prestación corresponde al 69% del salario mensual base. De manera que al realizarse las operaciones de rigor con los salarios correspondientes a las últimas 100 semanas cotizadas y multiplicados por el factor 4.33 de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 (Sentencia 20 de junio de 2007, Rad. 25916), se obtiene un ingreso base de liquidación inferior al salario mínimo legal vigente, por lo que al aplicar la tasa de reemplazo, se obtiene una suma inferior al vigente para 1996, por lo que no hay lugar a modificar la cuantía*

*El pago de la prestación, será a partir del 2 de noviembre de 1996, día siguiente al fallecimiento del causante, la cual debe ser pagada en 14 mesadas pensionales al año; y frente al retroactivo causado se autoriza realizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia*

*SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015); como acertadamente lo concluyó el a quo.*

*De igual manera resulta atendible la autorización del descuento sobre retroactivo de mesadas pensionales ordenado a favor Mireya Pico Joya, por concepto de indemnización sustitutiva de pensión otorgada a través de la resolución No 017202 del 1º de octubre de 1997.*

#### **INTERESES MORATORIOS**

*Sería del caso entrar a analizar si le asiste a la demandante el derecho al pago de los intereses moratorios, de no ser porque el juez condenó a la encartada a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas pensionales, condena que impide se ordene el pago de los intereses moratorios, en la medida en que dichos conceptos son excluyentes pues con ambos se resarce el perjuicio causado por la desvalorización de la moneda, criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2012, Rad. 39140, en el que indicó:*

*“Cabe recordar, al margen, que el criterio actualmente imperante en la Sala es el de la incompatibilidad de intereses moratorios con la indexación, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaloratorio; tal como se dijo, al rectificar el antiguo criterio de compatibilidad de ambas figuras vertido en sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicación 37279, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 41392, la que acogió, para ello, pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la esta misma Corporación datado el 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.”*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y*

*otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.*

*Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se causó el 1º de noviembre de 1996, las accionante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 25 de abril de 1997, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada mediante Resolución N° 017202 del 1º de octubre de 1997 (fl. 12), y la demandada se radicó el 12 de abril de 2019 (acta de reparto, fl. 21); por lo que es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 12 de abril de 2016, por lo que se modificará el ordinal 5º de la sentencia.*

#### *INDEXACIÓN DEL DESCUENTO*

*El otro reparo planteado por la parte demandante en el sentido de que no se debe ordenar la indexación de la suma a descontar por lo pagado por indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes reconocida Mireya Pico Joya.*

*Para resolver lo pertinente, cumple recordar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor.*

*Así es oportuno recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:*

*“ Con apoyo en la perceptiva ( el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlos, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”*

*Como en el caso estudiado a la antes nombrada actora se le pagaron \$2.287.264.00 en el año 1997 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, dicho valor deberá ser actualizado al momento en que se realice el descuento del retroactivo por parte de Colpensiones; razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia. No sin antes advertir que sobre la autorización de descuento o compensación de lo pagado por indemnización sustitutiva, no ha operado el fenómeno prescriptivo en razón a que están solo a través de este proceso que se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.*

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

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

**Primero.-** *Modificar el ordinal quinto de la sentencia en el sentido de establecer que la prescripción de las mesadas pensionales corresponde a las causadas con*

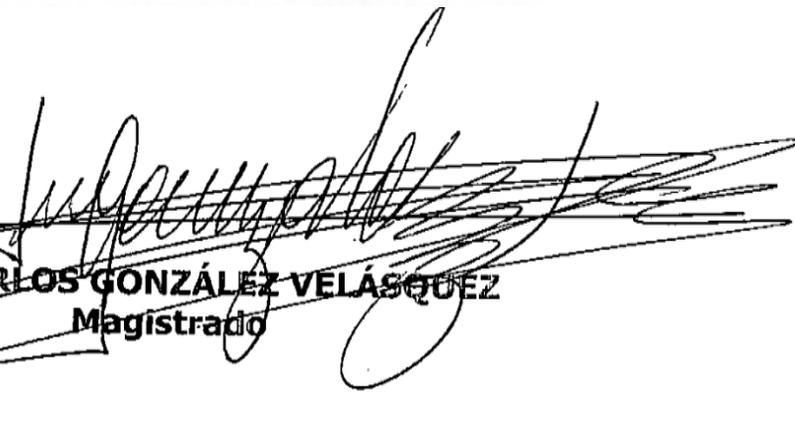
anterioridad al 12 de abril de 2016, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

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

**Tercero.**- Sin costas en 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 SONIA ELENA GAMBA VILLAMIL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Sandra Patricia Vargas Boada quien se identifica con la C.C. No 1.052.312.627 y la T. P. No. 234.818 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

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

*Notifíquese*

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco 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

*Sonia Elena Gamba Villamil, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare ineficaz la vinculación a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos los frutos e intereses, y a esta última a aceptar la afiliación sin solución de continuidad; de igual manera, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 3 a 5 del expediente digital archivo 01 C.D. de folio 3, en los que en síntesis se indica que: cotizó al otrora ISS 412 semanas, acumulando en total durante toda su vida laboral 1.727; el 7 de junio de 1994 se trasladó por medio de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. al RAIS, cuando un promotor del fondo de pensiones acudió a su lugar de trabajo indicándole que al cambiarse de régimen accedería a la pensión de manera anticipada con una mesada superior a la del RPMPD, a más que la administradora de prima media se acabaría por lo que el medio para no perder los aportes era la expedición del bono pensional; el asesor del fondo privado suministró información errónea e imprecisa, faltando al deber que le asistía de proporcionar información clara que le permitiera conocer sobre cuál era la alternativa más favorable a partir de la comparación de los regímenes; nunca se le hizo saber que el valor de la pensión en el RAIS dependía de su edad y de la conformación de su grupo familiar, las variables económicas del mercado*

*financiero, la redención del bono, el capital acumulado; no se le dijo que podía retornar al RPMPD antes de que le faltaran diez años para acceder a la pensión; solicitó la expedición de un comparativo de la liquidación de la mesada , limitándose el fondo de pensiones a señalar que el monto en el RAIS de aquella ascendería a \$1.640.100; solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación al régimen privado, las cuales resolvieron de manera negativa.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones (C.D. de folio 3 archivo 12 del expediente digital), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: las semanas cotizadas por la activa al momento del traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., la petición elevada y la negativa de la entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dentro del término legal (C.D. de folio 3 carpeta 10 del expediente digital), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP y las semanas cotizadas al RPMPD previo al cambio de régimen pensional. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia*

*referida al inicio de este fallo (CD. fl. 3), en la que declara la ineficacia del traslado que realizó la señora Gamba Villamil al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como a devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación de la actora, así como a pagar de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, y a ésta última entidad, a afiliarse y recibir los dineros de la demandante; condenó en costas al fondo privado en suma de \$2.000.000.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. estima que el fallador de primer grado en otras oportunidades consideró que debe acreditarse el perjuicio o menoscabo con el traslado de régimen pensional, para así proceder a declarar la ineficacia de la afiliación, vulnerando así el principio de legalidad al desconocer el precedente horizontal por él fijado. Considera que aunque no existe tarifa probatoria, no es dable que exija al fondo pensiones traer soportes de una asesoría brindada verbalmente, máxime cuando en 1994 la única exigencia era la suscripción del formulario, aunado a que es inadmisibles que se le exija certificar las capacitaciones de dadas a los asesores que realizaron el traslado en tal época o incluso hacer comparecer al promotor de entonces para que certifique la información suministrada. Por último, sostiene que los gastos de administración, son un descuento que se realiza por ley, por lo que no pueden desconocerse las circulares expedidas por la Superintendencia Financiera para el traslado de sumas entre fondos de pensiones*

*Colpensiones considera que no obra prueba alguna que demuestre el error en el que la AFP hizo incurrir a la demandante, ni vicio de consentimiento alguno, ya que a la suscripción del formulario por medio del cual se vinculó al régimen privado no se dejó nota en la que conste esa situación. Finalmente, la señora Gamba Villamil se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.*

### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia argumentando que con el interrogatorio de parte se prueba que si fueron informadas las características del RAIS.*

*A su vez, Colpensiones adujo que la activa no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003.*

*La parte actora solicitó se confirme la sentencia de primer grado. .*

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

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 3 archivo 02.); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 7 de junio de 1994, con efectividad desde el 1° de julio del mismo año a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (C.D. fl. 3 carpeta 10 archivo 02.) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "ni la Sociedad Horizonte S.A. de manera inicial, ni Porvenir S.A., le han suministrado a la demandante información correspondiente y comparativa de los regímenes pensionales", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue*

ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa*

*de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 7 de junio de 1994, con efectividad desde el 1° de julio de la misma anualidad C.D. fl. 3 carpeta 10 archivo 02.). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es administradora de empresas; labora en el Banco BBVA como asesora de mantenimiento, esto es, se encarga de los arreglos locativos en el banco a nivel nacional; debido a un percance de salud empezó a hacer averiguaciones acerca de su pensión, ahí decidió retornar a Colpensiones, pero le dijeron que no era procedente; en 1994 los asesores de Horizonte acudieron al entonces Banco Granahorrar, quienes le dijeron que debían afiliarse para tener derecho a la pensión, como el fondo de pensiones era filial de la entidad financiera, prácticamente eran compañeros de trabajo los que le dijeron de manera somera le aseguraron que podía pensionarse antes de cumplir la edad ya que no se exigía edad máxima ni mínima, tampoco un número de semanas cotizadas; el asesor le pidió los datos personales, no lo leyó, simplemente lo firmó; le habló de las cosas buenas en los fondos de pensiones; le dijeron que el bono pensional era para trasladar los dineros del ISS al fondo, pero no le dijeron nada más de bono; no le explicaron acerca de la cuenta de ahorro individual, le dijeron que el bono pensional causaría rendimientos; sabe que en prima media debía cumplir la edad y las semanas; hoy en día sabe que la pensión de la AFP se basa en la expectativa de vida, lo que afecta su ingreso mensual;*

*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 en el Cd. fl 3 archivo 02 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el Cd. fl 3 archivo 02 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*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*

---

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

*nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en 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.*

*En atención 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, al ordenarse 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 último, cabe anotar que no obstante que el a quo ha adoptado una determinación diferente en otros asuntos similares al aquí controvertido, como lo esgrime el apoderado de Porvenir S.A., ello no impide al fallador de variar la posición jurídica en atención a la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como se anotó en la sentencia recurrida, o por haber sido revocada por esta Corporación; lo que hace parte de la autonomía judicial (art. 228 CP).*

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

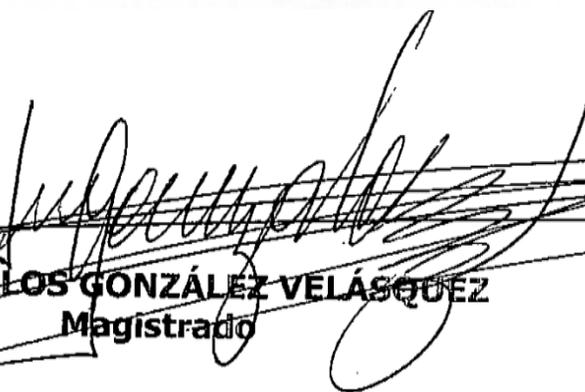
#### **RESUELVE**

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

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

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 JAIRO ARTURO ROSAS CORTES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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.*

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

**A U T O**

*Se reconoce personería al Dr. Jair Fernando Atuesta Rey quien se identifica con la C.C. No 91.510.758 y T. P. No. 219.124 del CSJ como apoderado judicial la AFP Colfondos S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.*

*Notifíquese*

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 23 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Jairo Arturo Rosas Cortés, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Colfondos S.A., para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS por existir falla en el deber de información. En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y cualquier otro ingreso con ocasión a la vinculación, debiendo esta última recibir como afiliado al actor. De igual manera, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 y 2 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 25 de noviembre de 1954, por lo que a 1º de abril de 1994 contaba con 39 años de edad; se afilió a Colfondos S.A. el 1º de abril del 2000, sin que esta AFP le brindara asesoría atendiendo a los principios de transparencia, certeza, suficiencia y oportunidad, debido a que omitió informar los pros y contras de la afiliación; solicitó a las demandadas la nulidad a la filiación al RAIS, quienes resolvieron de manera negativa la petición; la falta de información cierta le causó un perjuicio moral ya que no accederá a una pensión en el régimen privado.*

### 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. 123 a 128); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del actor y su edad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; la afiliación a Colfondos y, la petición elevada a Colpensiones; sobre los*

*restantes manifestó no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.*

*A su turno, Colfondos S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación en la que se opuso a las pretensiones formuladas (fls. 183 a 190); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la edad de aquel a 1º de abril de 1994; la solicitud incoada a Colfondos y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan y que no son ciertos como se plantean. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 195) en la que declara ineficaz la afiliación y cotización del demandante Jairo Arturo Rosas Cortés a Colfondos S.A., en consecuencia ordenó, al fondo de pensiones a trasladar el valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración y comisiones con cargo de sus propias utilidades con destino a Colpensiones; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante y de las sumas ya enlistadas; igualmente, ordenó a Colfondos S.A. a hacer la devolución del saldo actual de bono pensional con sus rendimientos con destino a la oficina de bonos pensionales de la Nación, Ministerio de Hacienda y de Crédito Público; absolvió a las demandas de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones formuladas y no impuso condena en costas.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Colfondos S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó se revoque la sentencia.*

*A su turno, la parte actora pidió se confirme la decisión de primer grado, en tanto los presupuestos jurisprudenciales se encuentran acreditados.*

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

*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.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Se hace preciso señalar, que en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS efectuada por intermedio de la AFP Colfondos S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones en el sub lite; precisando que era Colfondos S.A. quien tenía la información que debió suministrar al demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.*

*Bien, el artículo 1746 del Código Civil enseña que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, lo que según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que*

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

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido a dicho régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. Lo que implica para Colpensiones que deba mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los dineros trasladados por Colfondos S.A. y actualizar la historia laboral de Jairo Arturo Rosas Cortes, 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 consultada en este sentido.

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

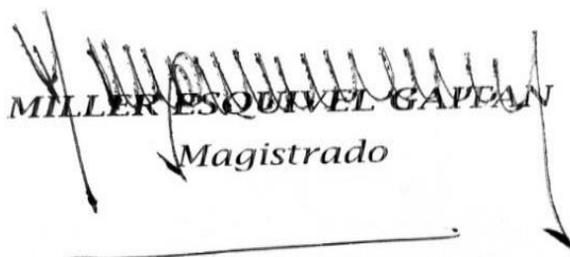
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

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

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

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 LUISA FERNANDA PINILLOS MEDINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarenta 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**

***Luisa Fernanda Pinillos Medina***, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la ***Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.***, para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., en consecuencia se

*ordene su retorno inmediato al RPMPD administrado por Colpensiones, así como el envío de la totalidad de los recursos por aportes efectuados al RAIS junto con sus rendimientos financieros; se ordenen a Colpensiones recibir los dineros trasladados e incorporar las cotizaciones en las historia laboral. Así mismo pide que se condene a las demandadas lo ultra y extra petita y al pago de costas del proceso y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 99 a 101 del expediente digitalizado (archivo 01. del C.D. de folio 2), en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de febrero de 1963; realizó aportes al RPMPD por 307 semanas y en el RAIS ha cotizado 1.187, para un total de 1. 494; se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., en julio de 1994; que para obtener su consentimiento el asesor de la AFP, le indicó que el valor de su pensión iba ser similar al IBC, pero en todo caso superior a la que podía obtener en el RPMPD y en comunicación de 8 de agosto de 2019 la AFP Porvenir S.A. le indicó que manteniendo la cotización que viene realizando a los 57 años su pensión puede ser de \$2.006.200, y ante la solicitud que hizo para obtener documentación relacionada con la vinculación, no se allegó ningún documento en que se hubiera realizado simulaciones de su pensión; que al calcular el valor de la prestación con base en el IBL en el RPMPD asciende a \$4.869.684. Indica que al momento de la afiliación ni durante su vinculación al RAIS no se recibió ningún tipo de asesoría sobre la forma de calcular su pensión en cada régimen ni las implicaciones de su traslado; tampoco sobre la imposibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaren diez años o menos para poder pensionarse, ni mucho menos sobre las diferencias entre los dos regímenes; que el 8 de mayo de 2019 solicitó a las demandadas a activación de la afiliación en prima media, obteniendo respuesta negativa.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, en legal forma y dentro de término Colpensiones dio respuesta en escrito incorporado a fls. 165 a 179 del expediente digitalizado (archivo 01 C.D. fl. 2), en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la afiliación al RPMPD, las semanas cotizadas, os relacionado con la repuesta ofrecida por Porvenir sobre el cálculo del valor de la pensión. la reclamación y la respuesta*

*desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de validez de afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; prescripción y la innominada o genérica.*

*La AFP Porvenir S.A., dentro del término legal (fls. 213 a 240 del expediente digitalizado, archivo 01. del C.D. de folio 2), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifiesta que algunos no son ciertos como están redactados y los demás no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 2), que declaró la ineficacia del traslado que de régimen pensional que realizó Luisa Fernanda Pinillos Medina del RPMPD administrado por el I.S.S al RAIS administrado por PORVENIR S.A; ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos, así como reintegrar de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración; a Colpensiones que la acepte en el RPMPD sin solución de continuidad y corrija su historia laboral incluyendo las cotizaciones trasladadas por Porvenir S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP demandada.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que con la afiliación al RAIS no se le causa ningún perjuicio*

*a la demandante en la medida que no es beneficiaria del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de esa AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual contiene todos los requisitos legales vigentes para la época sin ser necesaria prueba adicional. Añadió que la actora 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, sin poder obtener la comparecencia del asesor comercial que la atendió y dentro del proceso se encuentra acreditado que recibió la información necesaria al momento de realizarse el traslado entre fondos. Así nuestra su inconformidad frente la orden de traslado de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, 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.*

*Colpensiones señala 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 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. Aunado que se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al RPMPD conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003, ya que le faltan menos de diez años para pensionarse y de mantenerse la nulidad decretada se condene a la AFP al pago de los perjuicios causados a Colpensiones con la decisión.*

**ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandas presentaron alegatos en esta instancia, en los que pidieron revocar totalmente la sentencia, reiterando las manifestaciones hechas en sus recursos.*

### CONSIDERACIONES

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

### ACLARACIÓN PREVIA

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones, en la apelación a lo referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante Luisa Fernanda Pinillos Medina cuenta con más de 58 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 22 de febrero de 1963, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 4 del expediente digitalizado), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A. el 12 de julio de 1994 con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año (fl. 204 del expediente digitalizado (archivo 01. del C.D. de folio 2), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "al momento de la afiliación ni durante su vinculación al RAIS no se recibió ningún tipo de asesoría sobre la forma de calcular su pensión en cada régimen ni las implicaciones de su traslado; tampoco sobre la imposibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaren diez años o menos para poder pensionarse, ni mucho menos sobre las diferencias entre los dos regímenes", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A. al momento del traslado del RPMPD al RAIS acaecido el 12 de julio de 1994 con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año (fl. 204 del expediente digitalizado (archivo 01. del C.D. de folio 2). Precisando que uno son los principios que orientan*

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

*Bien, la representante legal de la AFP demandada al absolver interrogatorio de parte, señala que no existen documentos que soporten cual fue la información brindada al momento del traslado diferente al formulario de afiliación, ya que la asesoría fue verbal y no le consta lo ocurrido sobre el particular ya el traslado lo realizó Horizonte S.A., la cual fue absorbida por Porvenir S.A. en 2003; y acepta que solo infirmó a la actora sobre la mesada pensional que podía obtener en cada régimen en documento del 26 de abril de 2019 y que durante su vinculación a porvenir no se brindó información diferente a los extractos de su historia de cotizaciones.*

*Por su parte la demandante, aseguró que en marzo de 1995 estando laborando con Fiduciaria Tequendama, debido a que la esposa del presidente la compañía era la presidente la AFP Horizonte, éste convocó a una reunión en la que se presentó los formularios de afiliación a ese fondo, los que suscribieron para trasladarse del ISS; que la información que en ese momento les brindaron fue básicamente que el ISS se iba a acabar porque estaba quebrado y no se sabía dónde iban a parar las cotizaciones allí realizadas y que la pensión iba a ser más alta en Horizonte ya que la pensión se liquidaba con el 80% del IBC, que en ese momento no le entregaron documento diferente al formulario de afiliación, que el asesor les indicó que obtendría rendimientos financieros, pero lo único que le han comunicado posteriormente es que su cuenta ha tenido pérdidas, y nada sobre los rendimientos obtenidos; que no fue informada sobre la posibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaban más de 10 años para pensionarse y no conoció de ello, tampoco sobre la manera de acceder a la pensión; y la motivo su solicitud de traslado al conocer que lo manifestado por la AFP no era cierto y que su mesada pensional en el fondo de mucho más baja que la que puede obtener en Colpensiones.*

*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; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente es la misma representante legal de Porvenir S.A. quien en su interrogatorio de parte quien acepta que no existe ninguna prueba que demuestre cual fue la información brindada a la actora diferente al formulario de afiliación, con el argumento de que fue verbal, sin allegar ningún soporte de ello y si bien la promotora acepta que se le indico que allí tenía rendimientos financieros, no se le indicó de qué manera se obtenían y los riesgos de pérdidas que podían tener, tampoco sobre la diferencia de régimen, ni mucho menos la forma de obtener la pensión, limitándose a indicarle que allí su pensión sería más alta (liquidada con el 80% del IBC) y que le convenía su traslado porque el ISS se iba a acabar.*

*Al punto, difiere la Sala con lo señalado por las recurrentes frente a la permanencia de la actora en el RAIS, pues de ello no emana la ratificación de la afiliación, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, carga que se debió efectuar el 12 de julio de 1994, cuando realizó la solicitud inicial de vinculación y no en los años subsiguientes cuando la activa cambió de fondo pensional en el régimen privado. Tampoco son de recibo las consideraciones de que la demandante no se trata de un afiliado lego; en razón a que conforme lo manifestó ésta en su interrogatorio de parte al momento de realizarse su traslado no contaba con conocimiento específico en pensiones y ya que sus labores de asesoría eran sobre aspectos que se requirieran de una fiducia, temas diferentes.*

*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 205 del expediente digitalizado, archivo 01 Cd. fl 2 y la ausencia de tacha o*

*desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizó 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 Horizonte pensiones y Cesantías hoy 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 los anexos incorporados en el folio 205, archivo 01 Cd. fl 2 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en 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*

---

<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.

*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.*

*En atención 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, al ordenarse 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; acotando que dentro del proceso no se encuentran demostrados perjuicios que reclama esta entidad en la alzada con ocasión de la decisión de nulidad del traslado, por el contrario al imponerse la obligación a los fondos de trasladar todos los dineros que hubiese percibido, incluyendo lo descontado como gastos de administración, constituyen los recursos con los que se debe financiar la prestación que pueda obtener la demandante .*

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

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

#### RESUELVE

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

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

*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 CARLINA QUIJANO BAUTISTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

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

*DEMANDA*

*Martha Carlina Quijano Bautista, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS efectuado a través de la AFP Porvenir S.A., ante el incumplimiento en el deber de información, o subsidiariamente que se declara inexistente el acto jurídico mediante el cual se trasladó de régimen así como el traslado entre fondos realizado a OLD Mutual S.A., consecuentemente que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD con Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Old Mutual S.A., último fondo al que se encuentra afiliada a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales por aportes y rendimientos, debiendo esta última entidad aceptar el traslado de la actora, recibir los dineros y actualizar la historia laboral. De igual manera pide que se condene a las demandadas, al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 8 a 12 del expediente digitalizado C.D. fl. 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 27 de marzo de 1960; empezó a cotizar al RPMPD con el ISS desde junio de 1996 a diciembre de 1999; el 16 de diciembre de ese último año se afilió a la AFP Porvenir S.A. debido a una información incompleta, inadecuada, engañosa por el asesor comercial de la AFP, ya que le indicó que el ISS se iba a acabar, por lo que debía trasladarse de régimen a través de ese fondo, donde estaría mejor y recibiría una pensión mayor a la que podía obtener de permanecer en el ISS. Indica que el asesor comercial, nunca le entregó la historia laboral a pesar de haberse comprometido a hacerlo donde condensara las cotizaciones realizadas a Cajanal y al ISS durante 13 años; que el asesor no contaba con la formación profesional y capacitación adecuada que le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse; en ningún momento le informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, no le hicieron una proyección pensional, ni muchos menos la forma de obtener la pensión en el RAIS, como funcionan financieramente los fondos, la imposibilidad de retornar a Colpensiones cuando le faltaron menos de diez años para cumplir la edad pensional; posteriormente el 3 de mayo de 2012 se trasladó a Skandia S.A. bajo la promesa de mejores rendimientos y ventajas; que solicitó a Old Mutual S.A. una simulación de su pensión y éste le indicó que no cuenta con un saldo suficiente para obtener una pensión a 20 de noviembre de 2017, mientras*

*que en Colpensiones sería de \$2.005.000 teniendo en cuenta el ingreso base de cotización, momento en el que se dio cuenta del engaño de que fue objeto por parte del asesor de Porvenir S.A. quien no dio una información clara, completa cierta sobre el traslado de régimen; que solicitó a Colpensiones traslado y/o afiliación.*

#### 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. 259 a 268 del expediente digitalizado C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó únicamente el relacionado con la fecha de nacimiento a actora, y frente a los demás manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación buena fe y la innominada o genérica.*

*A su turno la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en su contra, (fls. 184 a 199); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados la fecha de nacimiento de la promotora, la vinculación a esa AFP y la proyección pensional realizada; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso como excepciones perentorias las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.*

*Por su parte la AFP Porvenir S.A., el legal forma y dentro de termino dio contestación en escrito incorporado a folios 328 a 356 del expediente digitalizado en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifiesta que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (Grabación de audiencia anexa con el*

*expediente digitalizado C.D. fl. 2) en la que declaró la ineficacia del traslado que realizó la señora Martha Carlina Quijano Bautista del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., efectuado el 16 de diciembre de 1999 y por ende aquel que se realizó con posterioridad entre fondos a la AFP Skandia S.A.; que está válidamente vinculada a RPMPD con Colpensiones sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado. En consecuencia condenó a la AFP SKANDIA S.A. ultimo fondo al que se encuentra afiliado a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y condenó en costas a las demandadas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurrió en apelación indicando que cuando se produjo la afiliación o traslado de régimen la actora optó por afiliarse de manera libre y voluntaria y sin presiones, aunado que en la actualidad la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibiciones de traslado de del artículo 2° de la ley 797 de 2003; que la parte actora en su calidad de afiliada contaba con deberes como era el de informarse y a pesar de manifestar que no conocer los criterios del RAIS, la información fue entregada, conforme a lo reglamentado para la época en que se dio el traslado. De igual manera pide se revoque la condena en costas.*

*Colpensiones considera que no se demostró estar frente a un vicio del consentimiento; la responsabilidad de las AFP es objetiva por lo que se le exime al demandante de la carga de la prueba, cuando en su calidad de afiliado tiene el deber de asesorarse de conformidad a las obligaciones reciprocas en virtud de la vinculación; el traslado contribuye a la descapitalización del fondo dado que la activa se beneficia de un ahorro comunitario que desfinancia el sistema; Aunado a que ha permanecido en los fondo privados por más de 20 años lo que ratificó su intención de permanecer en ese régimen, además que no se podía imponer la carga de la prueba a la AFP de demostrar la información brindada teniendo en cuenta que para la época solo se exigía el deber de información y le es imposible allegar pruebas adicionales que demuestren lo informado y que la actora esta e dentro de prohibición legal de trasladarse de régimen pensional. Finalmente indica que de mantenerse la decisión de ineficacia o nulidad traslado,*

*de igual manera se imponga obligación a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones los gastos de administración de manera indexada, por el término que permaneció en ese fondo, con el fin de que se tengan en cuenta para el financiamiento de la pensión a cargo de esa entidad y mantener la estabilidad financiera del sistema.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.*

#### **CONSIDERACIONES**

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

#### **ACLARACIÓN PREVIA**

*La AFP Porvenir S.A. y Colpensiones hacen referencia en sus recursos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 61 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 2 Pdf. 32 del expediente digitalizado); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o*

*ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 16 de diciembre de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A., con efectividad desde el 1° de enero de 2000 . (C.D. fl. 2, pdf fl 54 y 220 a 230 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 son de recibo los argumentos esgrimidos en los recursos en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “en ningún momento me informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, no le hicieron una proyección pensional, ni muchos menos la forma de obtener la pensión en el RAIS, como funcionan financieramente los fondos,(...) fui objeto de engaño por parte del el asesor de porvenir s.a. quien no dio una información clara, completa cierta sobre el traslado de régimen”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 16 de diciembre de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A., con efectividad desde el 1° de enero de 2000. (C.D. fl. 2, pdf fl 54 y 220 a 230 del expediente digitalizado). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte indica que estando laborando en la Superintendencia de Transporte acudieron a la entidad asesores de la AFP Porvenir S.A., ofreciéndoles vincularse a ese fondo privado, con el argumento de que el ISS se iba a acabar, por lo que en ese momento era la mejor decisión pasarse ya que iba a tener una mejor pensión, se hizo una reunión colectiva y después llegó un asesor a su puesto de trabajo, para que le firmara el formulario de afiliación y lo suscribió; indica que en ningún momento se le informó sobre el régimen pensional al que se trasladaba, ni las formas de obtener la pensión, que se necesitaba una capital suficiente para poder pensionarse, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión en el RAIS, ni rendimientos financieros, insistiendo que lo único que le indicaron era que era la mejor decisión, porque podía pensionarse de mejor manera que en el RPMPD; no conoce el valor de la mesada pensional a la que accedería en cada régimen; en ningún momento se dijo que podía volver a Colpensiones en un momento específico; recuerda que vinculación a Skandia se dio porque un asesor le ofreció que allí iba a tener mejores rendimientos y podía pensionarse de mejor manera que en fondo al que estaba afiliada.*

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

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 54 del expediente digitalizado (cd fl. 2) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, ya que la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles 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 los anexos incorporados en el folio 54 del expediente digitalizado (cd fl. 2) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP.*

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

*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*

---

<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.

*tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en 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*

*En atención 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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.*

*Ahora en cuanto a la solicitud que presenta la demandada Colpensiones en el sentido de que se extienda la condena a la devolución de gastos de administración a la AFP Porvenir por el tiempo que estuvo afiliada, según con lo analizado en*

*precedencia, considera a Sala que le asiste razón a la recurrente en este aspecto, ya que no solo corresponde a Old Mutual S.A. hoy Skadia S.A., como último fondo al que se encontraba afiliado, hacer la devolución de los gastos de administración, sino a los demás en que estuvo vinculada, en el caso particular Porvenir S.A., teniendo en cuenta que estos dineros no fueron trasladados cuando se realizó el traslado horizontal entre fondos y deben hacer parte de los dineros que contribuyan al financiamiento de las prestaciones que puesta estar a cargo de Colpensiones. Por lo que ante la indiscutible falta de información que esta AFP le debió brindar a la señora Martha Carlina Quijano Bautista en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar a la AFO Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto gastos de administración y seguro previsional debidamente indexados por la devaluación que ha tenido la moneda colombiana, por el periodo que la demandante permaneció afiliada a ese fondo, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

#### *CONDENA EN COSTAS*

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere la AFP Porvenir S.A., no es viable la revocatoria, pues las mismas son 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. (...).”*

*De ahí que la Corte Constitucional en sentencia C-089 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre, aunque refiriéndose al CPC, señaló:*

*“Nuestro Código de Procedimiento Civil adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido” (Corte Constitucional, sentencia C-480 de 1995, M.P., Jorge Arango Mejía). La misma corporación ha señalado que en este punto se sigue “(...) la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, 'la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)'. En efecto, aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto (...).”*

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada AFP recurrente asuma el pago de las costas procesales, por tanto se mantendrá la condena de la primera instancia; así como las generas en esta instancia ante la prosperidad de su recurso.*

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

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

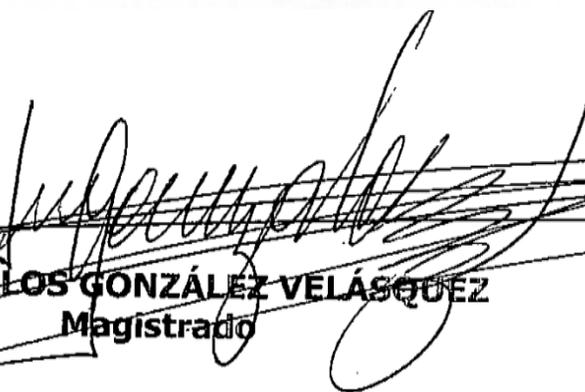
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a ese fondo. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

**Tercero.-** Costas de la instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A. En la liquidación respectiva, inclúyase en la liquidación la suma de \$600.000,00 a favor de la parte demandante.

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 CAROLINA ORTIZ ALDANA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. María Juliana Mejía Giraldo identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y la T.P. No. 258.258 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Angelly Juliana Salazar Caicedo quien se identifica con la C.C. No 1.061.783.671 y la T. P. No. 314.157 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo*

*Laboral Transitorio 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

*Carolina Ortiz Aldana, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación y traslado al RAIS por medio de AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se condene al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con sus intereses, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, y a ésta última a recibir la afiliación sin solución de continuidad y la posterior imputación de los tiempos cotizados en la historia laboral, lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 20 a 22 del expediente digital archivo 01 C.D. de folio 3, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de enero de 1963; estuvo afiliada al otrora ISS de marzo de 1985 a agosto de 1996 contabilizando un total de 266 semanas; el 30 de noviembre de 1995 suscribió formulario de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y con posterioridad uno de afiliación de Horizonte a Porvenir S.A. el 6 de febrero de 1997; el fondo de pensiones brindó una asesoría deficiente ya que no se le comunicaron las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni las consecuencias del acto de traslado; el asesor le informó que el ISS se acabaría y nadie respondería por los aportes, debido a ello el RAIS era la mejor opción; no se efectuó proyección pensional, ni se establecieron escenarios comparativos de la prestación pensional en uno y otro régimen; tampoco se le dijo que en el RPMPD para acceder a la pensión se exigía reunir semanas cotizadas y edad, mientras que en el RAIS se requiere un saldo suficiente para solventar la pensión, incluso se le aseguró que en el fondo privado accedería a la prestación a cualquier edad; no se le entregó el plan de pensiones, además omitió manifestarle la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la manera de realizar distribución de la cotización obligatoria y los gastos de administración, la posibilidad de retornar al RPMPD; cuenta con un total de 1.213 semanas cotizadas; solicitó a las*

*demandadas la nulidad de la afiliación y adicional a ello peticionó a Porvenir los soportes de la afiliación y la simulación de la eventual pensión; ambas accionadas resolvieron de manera negativa la solicitud de anulación del traslado, además de ello Porvenir S.A. hizo entrega del formulario de afiliación y le señaló que la mesada pensional ascendería a \$828.116 mientras que en el régimen público sería de \$1.880.000.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones (C.D. de folio 3 carpeta 06. del expediente digital), se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RPMPD al que cotizó 183,43 semanas, la reclamación elevada por la activa y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.*

*Porvenir S.A., dentro del término legal (C.D. de folio 3 carpeta 07. del expediente digital), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 3), declaró la ineficacia del traslado al RAIS por medio de Horizonte hoy Porvenir S.A. efectivo a partir del 1º de diciembre de 1995, en consecuencia, condenó a la AFP a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar suma por cuotas de administración, comisiones y*

*aportes al fondo de garantía de pensión y a esta última, activar la afiliación sin solución de continuidad, reconstruyendo la historia laboral, con la totalidad de las semanas cotizadas; absolvió de las demás pretensiones; declarar no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. estima no se acreditó el dolo dentro del proceso con la afiliación de la demandante, resaltó que aportó todos los documentos que durante 25 años de vinculación de la activa se generaron, incluyendo el formulario de afiliación, al cual se le restó valor probatorio, sin que se explicara con qué documento se prueba la información suministrada cuando acaeció el cambio de régimen; dentro del interrogatorio se presentan inconsistencias en el decir de la demandante; ahora en caso de que se mantenga la decisión de ineficacia, se anota que no procede la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro, ya que se causaron rendimientos sobre el bien administrado y la aseguradora cumplió con el deber de mantener la cobertura de la póliza, por lo que se causaría un enriquecimiento sin justa causa de Colpensiones.*

*Colpensiones considera que el deber de obligación surgió en el año 2009, sin que previo a ello se pueda exigir ese deber, a más de que Colpensiones es un tercero que no intervino en el acto y, en todo caso, el error de derecho no vicia el consentimiento; además, a la actora le faltan menos de 10 para alcanzar la edad para acceder a la pensión de vejez, de manera que no es dable el traslado de la demandante; por último aduce que se vulnera el principio de estabilidad financiera del sistema general del sistema.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional*

*lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.*

*A su vez, Colpensiones adujo que la activa no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003.*

*La parte actora solicitó se conforme la sentencia de primer grado debido a que los presupuestos jurisprudenciales se encuentran acreditados, ya que, no es posible establecer que el fondo privado cumpliera con el deber de información que le asistía.*

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

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 3 archivo 01 Pdf 5); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 30 de noviembre de 1995, con efectividad desde el 1° de diciembre del mismo año a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (C.D. fl. 3 carpeta 7 Pdf.90) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "la AFP omitió explicarle (...) que mientras en el RPM para adquirir el derecho a la pensión de vejez solo debía cumplir los requisitos de edad y semanas en la Ley, en el RAIS para adquirir derecho de tal prestación debía tener en su cuenta de ahorro individual el saldo suficiente para solventar una mesada no inferior al 110% del smlmv", 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 30 de noviembre de 1995, con efectividad desde el 1° de diciembre de la misma anualidad C.D. fl. 3 carpeta 07 archivo Pdf. 90. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que se afilió a Horizonte debido a que fue uno de los documentos suministrados a la firma de su contrato de trabajo por la encargada de recursos humanos de la empresa; no estuvo presente un asesor del fondo de pensiones; no recuerda si fue la persona de gestión humana a que diligenció el formulario; no se le obligó a suscribir el formulario de afiliación; se afilió porque debía aportar a pensiones; desconoce que son los aportes voluntarios, la existencia de una cuenta individual; cuando la empresa cambio de razón social firmó el formulario de vinculación a Porvenir S.A.; no recibió extractos de Horizonte, pero de Porvenir S.A. sí; hace unos tres años solicitó el cambio de régimen pensional a las demandadas, por cuanto estaba inconforme con la eventual mesada pensional que recibiría en el fondo privado; con ocasión a la solicitud de traslado Colpensiones respondió que no era posible acceder a la solicitud por no cumplir los requisitos legales; no era consciente que con la firma del formulario estaba ante un cambio del RPMPD al RAIS; no conoce el capital ahorrado en el RAIS; durante su vida laboral sólo se preocupó por realizar aportes a pensión; la abogada le dijo que debía cumplir edad y semanas para tener pensión en Colpensiones.*

*De igual manera se recibió el interrogatorio de la representante legal de Porvenir S.A., dijo que no presenció la afiliación de la demandante pero sabe que los asesores estaban capacitados para suministrar la información necesaria a los afiliados; para la época de la vinculación de la demandante, no se exigía documento diferente al formulario de afiliación en el que constara la información suministrada, no había obligación de entregar un cálculo actuarial; en el formato obra la información personal de la trabajadora; se le entregó el manual de pensiones pero no obra constancia de recibido de la demandante; los asesores tienen la obligación de suministrar ilustración completa, explicando las*

*modalidades, gastos de administración, forma de financiación, pero de ello no hay constancia.*

*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. Tampoco se observa contradicción alguna en el interrogatorio rendido por la demandante como lo expresa la recurrente en la alzada.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el C.D. fl. 3 carpeta 07 archivo Pdf. 93 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles 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 los anexos incorporados en el .D. fl. 3 carpeta 07 archivo Pdf. 93 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente*

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

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

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

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

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

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

*SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de primas de seguros y 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 atención 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, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin*

---

<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.

*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.*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

**RESUELVE**

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

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

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 SALOMON BARRANTES AVELLANEDA CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 lo demás Magistrados que integran la Sala Tercera de  
Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante  
contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Diecisiete  
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*

*Salomón Barrantes Avellaneda, por intermedio de apoderado judicial, demandó a  
la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene*

*al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 1° de febrero de 2012; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente digitalizado, archivo 01, cd fl 2), en los que en síntesis indica que: mediante Resolución No. 116313 de 2012, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de febrero de esa anualidad, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición; el 11 de noviembre de 1986 contrajo matrimonio con Alix Diago España, con quien convive de manera permanente e ininterrumpida; su cónyuge depende económicamente de él, ya que no trabaja ni devenga pensión alguna; el 11 de diciembre de 2017 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo así como lo demás reclamado en este proceso, sin obtener respuesta al momento de la presentación de la demanda.*

#### **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. 33 a 40 del expediente digitalizado). Aceptó la mayoría de hechos, excepto el relacionado con la convivencia del demandante con su cónyuge por quien se reclama el derecho prestacional y la respuesta a la reclamación administrativa precisando que lo fue a través de oficio BZ2017-13065632-3268896 os hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia incorporada en el expediente*

*digitalizado (cd. fl. 2) en la que declaró probada la excepción de prescripción, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al demandante.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando dentro del proceso se demostraron los requisitos para obtener el derecho a los incrementos solicitados y que la demanda se presentó con anterioridad a la expedición de la sentencia SU-140 de 2019, por lo que el presente litigio se debe resolver bajo los criterios vigentes a la fecha en que se radicó el escrito de demanda. 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, ninguna de las partes presentó alegaciones 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 la parte demandante en su recurso de apelación.*

#### 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. 116313 del 17 de*

*septiembre de 2012, en la que Colpensiones le reconoció el derecho pensional a partir del 1° de febrero de esa anualidad, con una mesada en cuantía inicial de \$659.544.00, conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fls. 19 a 21 del expediente digitalizado, archivo 01, cd. fl. 2).*

#### 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 cuyo artículo 289 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien el promotor de la litis 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 aplicar 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 los parámetros del 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 la 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 se puntualizó. Destacando que la fecha de expedición de la sentencia SU-140, no define la data hasta cuando estuvo vigente el mentado incremento sino que es la unificación sobre la interpretación dada por la Corte Constitucional al punto de la disparidad de criterios hasta esa fecha, por lo que debe estar a la normatividad pertinente.*

*Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida al actor con fecha de causación el 1° de febrero de 2012, a través de la Resolución No. 116313 del 17 de septiembre de 2012, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (fls. 19 a 21 del expediente digitalizado), 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, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado, por lo dicho precedentemente, sin que haya lugar, entonces, a examinar la excepción de prescripción .*

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

#### **RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada. Por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.*

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la*

liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDILMA ROSA LÓPEZ SALAMANCA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. María Juliana Mejía Giraldo identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y la T.P. No. 258.258 del C. S. de la J. como apoderada principal y al Dr. Winderson José Moncada Ramírez quien se identifica con la C.C. No 1.232.398.851 y la T. P. No. 334.200 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*De igual manera, se reconoce personería al Dr. Daniel Andrés Paz Erazo quien se identifica con la C.C. No 1.085.291.127 y T. P. No. 329.936 del CSJ como apoderado*

*judicial la AFP Old Mutual S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.*

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Edilma Rosa López Salamanca por intermedio de apoderada judicial, Colpensiones, demandó a Old Mutual S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A. para que los fondos privados no brindaron asesoría alguna, por tanto es nula la afiliación a la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, y a esta última a aceptar dichas sumas, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho. **Subsidiariamente** solicitó se condene a los fondos privados de manera solidaria a pagar la pensión de vejez, igual o equivalente a la que hubiese recibido en Colpensiones*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 106 a 108 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 3 de mayo de 1961, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 57 años de edad; durante su vida laboral realizó cotizaciones al otrora ISS en el que acumuló 158 semanas, registrándose en la historia laboral de Porvenir un total de 1258, a las que le hacen falta 200 que cotizó a través de la Fiscalía General de la Nación, correspondientes a los años 1993 a 1996, situación que puso en conocimiento de ese fondo de pensiones; el 1º de febrero de 1997 se trasladó con destino al RAIS*

*por medio de Old Mutual S.A., fondo privado que le ofreció una mesada pensional más alta sin realizar para ello un estudio previo, además le aseguró que el ISS se iba a liquidar por tanto los tiempos cotizados se iban a perder; en 2002 se afilió a Porvenir S.A., de allí pasó a ING hoy Protección, en 2007 retornó a Porvenir S.A.; la AFP Porvenir no le ilustró sobre la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltaran menos de 10 años para acceder a la pensión, o que le ocasionó un perjuicio; las administradoras del régimen privado, pese a contar con la historia laboral no realizaron ningún estudio de la pensión probable, ni la asesoraron acerca de la posibilidad de ahorro voluntario u otra alternativa para evitar un detrimento en el monto de la prestación; en mayo de 2017 pidió a Porvenir S.A. un estudio pensional, luego de ello incoo acción de tutela que se despachó a su favor y ordenó el cambio de régimen, sin embargo como la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá se adoptó bajo las mentiras consignadas en el escrito de tutela, procedió a denunciar el delito de la abogada a la Fiscalía; el IBC de cotización es de \$7.432.912 por lo que el 28 de agosto de 2018, luego de una simulación Porvenir S.A. le indicó que el monto de la mesada pensional sería de \$781.242, mientras que el RPMPD \$4.534.000, lo que evidencia el perjuicio que acaeció con la decisión de traslado; solicitó a Colpensiones el traslado, pero dicha entidad lo negó.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación (fls. 180 a 189) se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora, la edad de aquella, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica*

*A su turno, Old Mutual S.A. contestó la demanda (fls. 215 a 247), en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; respecto a los hechos acepta el natalicio de la activa, la edad de ésta, la afiliación a ese fondo de pensiones. Respecto a los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los Litis consortes*

*necesarios y de fondo enlistó las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.*

*Protección S.A. allegó contestación (fls. 266 a 275) en la que presentó oposición a las pretensiones enlistadas de la f) a la h) y a la subsidiaria. Aceptó la afiliación a esa AFP, la cual fue libre y voluntaria el 25 de agosto de 2003. Como excepciones perentorias propuso las de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de la obligación de reconocimiento pensional y la innominada o genérica.*

*De otro lado, Porvenir S.A. no se opuso a las pretensiones a) y b). De los hechos aceptó la dada de nacimiento de la demandante, su edad, los traslados con destino a ese fondo privado, el reporte de novedad de las semanas faltante en la historia laboral y el valor de la mesada pensional. Los medios exceptivos propuestos como defensa fueron los de: prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.*

*Por último la UGPP se opuso a las pretensiones a partir de la enlistada como e). En cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de reclamación administrativa, no comprender la demanda a todos los Litis consortes necesarios, y de fondo las de falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación, prescripción 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, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 444), declaró la ineficacia del traslado al RAIS por medio de Pensionar hoy Old Mutual efectivo a partir del 1º de marzo de 1997, condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar suma*

*por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión y a esta última, activar la afiliación sin solución de continuidad, reconstruyendo la historia laboral, con la totalidad de las semanas cotizadas; absolvió de las demás pretensiones; declarar no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, y probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP; y condenó en costas en cuantía de 1 SMLMV a cada una de las administradoras.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Old Mutual S.A. solicita se revoque en su totalidad la sentencia ya que no se acreditó que mediara error, fuerza o dolo en el cambio de régimen pensional; la actora nunca ejerció su derecho de retracto, por el contrario procedió a trasladarse a varios fondos dentro del régimen privado; deben respetarse las restituciones entre las partes, máxime cuando la actora motivó su traslado de régimen por los rendimientos financieros.*

*Porvenir S.A., recurre la decisión por cuanto a partir del año 2014 surge el deber de información, a más que al caso en concreto no es aplicable el precedente jurisprudencial, en tanto, que la demandante conocía que la pensión dependía de los rendimientos, incluso la demandante debió probar que esa administradora prometió una pensión superior; sólo se condena a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración aunque la demandante estuvo afiliada a varias AFP, cuando es claro que es improcedente la devolución de los gastos de administración que ya que se cumplió con el objetivo de cubrir los riesgos de IVM y generar unos rendimientos financiero; tampoco se tienen en cuenta que la activa cuenta con actos de relacionamiento, lo que sugiere que obtuvo información adicional.*

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

*En atención al recurso presentado por Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. de conformidad con lo previsto en el artículo 66 del CPT y SS, se procede a resolver y que se centra a la existencia de la relación laboral y como consecuencia el pago de las acreencias laborales.*

## DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

*Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "OLD MUTUAL asesoró equivocadamente (...) OLD MUTUAL asesoró a mi representada para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad sin hacer ninguna clase de estudio previo", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue*

ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en la sentencia del 3 de abril de 2019, rad. 68.852, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez o conocimientos especializados o permanencia en el RAIS, 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 **Old Mutual S.A.**, al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 16 de enero de 1997, efectivo a partir del 1º de marzo del mismo año. 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.*

*Se recibió el interrogatorio de la demandante que fue enfática en manifestar que ingresó a la fiscalía en 1993, luego por medio del fondo de vivienda y de bienestar social de esa entidad, los asesores de los fondos de pensiones acudieron a finales del año 1996 a la Fiscalía; se afilió a Pensionar, AFP que le ofreció una mesada pensional igual o superior a la del ISS, firmó el formulario y no lo leyó; luego en el año 2000 acudió una asesora de Porvenir que le dio que ese fondo de pensiones era el que más rendimientos daba, en 2003 el promotor de ING acudió a su lugar de trabajo y le expresó que tendría mejores rendimientos en esa AFP; después fue Horizonte y se afilió entonces en razón a que su jefe se vinculó en esa época, con posterioridad supo que estaba en Porvenir S.A. a casa de la fusión de los fondos de pensiones; los compañeros del CTI empezaron a comentar que el los fondos de pensiones eran un engaño; luego una promotora de Horizonte S.A. le hizo el cálculo, de la eventual mesada pensional, que arrojó como resultado una cifra inferior a un salario mínimo, por lo que trató de cambiarse a Colpensiones en el año 2010, pero le dijeron que no tenía requisitos para el traslado, luego de ello le dio poder a una abogada para que vía tutela se realizara el cambio de régimen, pero luego de que ella consultó la decisión judicial evidenció que se había concedido a partir de documentos falsos, por lo que presentó una denuncia por ese hecho, aunado a que los Magistrados que profirieron la sentencia levantaron un acta motivada mediante la cual indicaron los motivos por los que se dejaba sin efecto la acción constitucional; para la época del traslado no era abogada; la motivación de la demanda no es únicamente el dinero, sino que sea resarcido el engaño.*

*De lo anterior, se colige que si bien la activa conoció de algunas características del régimen de ahorro individual, ello no es indicativo de que se le comunicaran las características de ambos regímenes pensionales, por lo que no se acoge lo planteado por Porvenir S.A. en la alzada, sobre la aparente información efectiva que recibió la demandante, al momento del traslado.*

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

*Así, una vez examinadas en su totalidad las pruebas adosadas al proceso, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Old Mutual 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 lograron 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 a folio 248 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “declaro bajo la gravedad de juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de Old Mutual S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen.*

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

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar*

*suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

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

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

*De otro lado, recuérdese que Cajanal era una administradora del régimen de prima media con prestación definida, motivo por el cual, el Decreto 2196 de 2009 dispuso el traslado de los afiliados de aquella al otrora ISS, en este orden, es claro que al ser hoy Colpensiones la administradora del RPMPD que asumió las funciones del ISS, al declararse la ineficacia del traslado, debe la actora retornar a Colpensiones, como acertadamente lo determinó la juez.*

*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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que se cumplió el mandato de sus gestión, estos es, cubrir la contingencias de invalidez, vejez y muerte, así como generar 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.*

*En atención 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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*

---

<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.

*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 señora Edilma Rosa López Salamanca en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar también a Old Mutual y Protección S.A. trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliado a esos fondos, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar también a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Old Mutual S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones los dineros*

*descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a cada fondo. De conformidad a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CONCEPCIÓN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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.*

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

*PROVIDENCIA*

*Reconócese personería a la abogada Brigitte Natalia Carrasco Boshell quien se identifica con la C.C. No 1.121.914.728 y T. P. No. 288.455 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.*

*A continuación, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 15 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*ANTECEDENTES*

*María Concepción González Rodríguez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administrado Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la demandadas a realizar los trámites tendientes a activar la afiliación en el RPMPD con Colpensiones; a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes netos cotizados con su rendimientos y que asuma los menores valores frente a la cotización; y a esta última a recibirlos. De igual manera pide que se condene a las demandadas, lo ultra y extra petita, y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 29 de septiembre de 1959; se vinculó con el Estado en 1992 y fue afiliada en el RPMPD con Cajanal; en 1994 con ocasión del boom de los creación y promoción de los fondos de pensiones se afiliado al RAIS, por la visita que le hizo un asesor a la entidad donde laboraba ofreciéndole vincularse con el argumento que de la pensión allí iba a ser superior a la que podía obtener en el RPMPD, sin dar más explicaciones, ni información diferente a la contenida en el formulario que le hizo firmar; que si bien en el formulario se indica que los fue de manera libre y voluntaria, no se le brindó ninguna información veraz, completa y suficiente, para tomar la decisión de trasladarse; no fue debidamente asesorada, ni informada sobre las implicaciones y consecuencias, no se le hizo proyección del valor de la mesada pensional que podía obtener en cada régimen, no se le informó sobre la posibilidad de retracto, ni mucho menos la de retornar al RPMPD antes de que le faltaran menos de 10 años para poder pensionarse en este régimen; que el 1° y 2 de noviembre de 2018 solicito ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, la nulidad de su traslado de régimen y retorno a ésta última, los cuales fueron respondidos negativamente.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 82 a 85, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento, frente a los demás señaló que no le constan. Propuso las*

*excepciones que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

*La AFP Porvenir S.A, notificada en legal forma, dentro del término de traslado, presento escrito visto a folios 89 a 100 del plenario; respecto de los hechos, aceptó únicamente los relacionados con la reclamación administrativa. Como medios de defensa propuso los que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl 199) través de la cual declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por María Concepción González Rodríguez, del RPMPD al RAIS el 16 de marzo de 1995. En consecuencia ordenó a la AFP Porvenir S.A., devolver o trasladar los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con los rendimientos a Colpensiones y a ésta última que reciba los recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiese trasladado, declaró no probadas excepciones y no condenó en costas.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, únicamente la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia donde pide revocar la sentencia por cuanto el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como consta en el formulario de afiliación, a más de ello, para la época del traslado de régimen la norma que se encontraba en vigor era el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, sin que impusiera en cabeza de la AFP el deber del buen consejo ni la doble asesoría. Sostiene que en el caso en concreto, en el interrogatorio absuelto por el actor, se evidencia que recibió información del RAIS, como la posibilidad de pensionarse con antelación, la emisión y negociación del bono pensional, la*

*posibilidad que los aportes ante el fallecimiento integraran la masa sucesoral y la generación de rendimientos financieros. Finalmente, aduce que los traslados horizontales son una muestra del conocimiento del régimen y las implicaciones de permanecer allí.*

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

*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.*

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Se hace preciso señalar, que en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS efectuada por intermedio de la AFP Porvenir S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones en el sub lite; precisando que era la AFP, quien tenía la información que debió suministrar a la demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.*

*Pues 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 (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-*

---

<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.

2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019)

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido a dicho régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. Lo que implica para Colpensiones que deba mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los dineros trasladados por Porvenir S.A. y actualizar la historia laboral de María Concepción González Rodríguez, 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 consultada en este sentido.

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

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

RESUELVE

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

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

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 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ WILSON LINARES RODRÍGUEZ CONTRA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 del 22 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis 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

José Wilson Linares Rodríguez, a través de apoderado judicial, demandó a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, vigente desde el 11 de julio de 2012; asimismo, que el despido efectuado el 6 de marzo de 2017 “es inexistente”

*porque se encontraba amparado por fuero circunstancial. En consecuencia, se ordene el reintegro a su antiguo puesto o a otro de igual o mejor categoría y remuneración, junto con el pago de salarios y prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta que se produzca el reintegro efectivo, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados de folios 191 a 196 del expediente, en los que en síntesis indica que: prestó servicios de manera ininterrumpida a la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores hoy Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., vinculación que se dio por intermedio de Serdempo S.A.S., Emposer Ltda. y Seguridad Cosmos Ltda., empresas que pertenecen al grupo empresarial Thomas Greg & Sons; fue contratado por Serdempo S.A.S. para laborar del 11 de julio de 2012 al 2 de julio de 2013, finalizada esa relación, Emposer Ltda. lo contrató a partir del 6 de julio de 2013, posteriormente, en noviembre de 2016 hubo sustitución patronal con Seguridad Comos Ltda., concluyendo el nexo laboral el 5 de marzo de 2017; las empresas por las cuales fue contratado para prestar servicios y la aquí demandada tienen similitud de objeto social, toda vez, que son compañías dedicadas al servicio de vigilancia fija y móvil, escolta de valores, asesoría y consultoría en seguridad, por tanto, es claro que se desempeñó como escolta vehicular de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. del 11 de julio de 2012 al 5 de marzo de 2017; tiempo en el que la enjuiciada suministró uniformes con insignias que le identificaban como su trabajador, además suministró carnet y arma de dotación, ejerciendo sus funciones en las instalaciones y vehículos de la encartada, que también pagó los aportes al sistema general de seguridad social; fue capacitado por la empresa demandada que además le impuso horarios y le impartió órdenes para el cumplimiento de sus funciones; percibió como último salario la suma de \$1.794.212; Emposer Ltda y Seguridad Cosmos Ltda. no se encuentran autorizadas para suministrar personal en misión a otras empresas; al interior de compañía transportadora de valores existe el sindicato Sintravalores al cual se afilió el actor el 12 de julio de 2016 hecho que fue comunicado a la accionada; la organización sindical y la empresa suscribieron convención colectiva de trabajo que dispone en las cláusulas 3 y 5 que dicho texto es aplicable a todos los trabajadores sin distinción*

*alguna, e incluso la referida cláusula 5ª señala que la pasiva no podía contratar con otras compañías para desarrollar su objeto social y que los trabajadores se vincularían mediante contrato de trabajo a término indefinido, luego de trabajar para Serdempo Ltda. por 4 meses, lo que efectivamente acaeció; el Ministerio del Trabajo sancionó a la transportadora de valores por trasgredir el artículo 5º de la convención y contratar personal a través de Emposer Ltda.; además del mencionado sindicato también se constituyó Sintraprosegur al que se afilió el 11 de julio de 2016, situación que se dio a conocer a la empresa el 18 del mismo mes y año; Sintraprosegur presentó pliego de peticiones a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. ocasionando un conflicto colectivo que persistía a la presentación de la demanda, por lo que se encontraba amparado de fuero circunstancial para el momento del despido, esto es, el 6 de marzo de 2017.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 417 a 444); en cuanto a los hechos aceptó que Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores cambió su razón social a Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., la existencia de los sindicatos minoritarios “Sintravalores” y “Sintraprosegur”, que dichas organizaciones le comunicaron la afiliación de Linares Rodríguez, sin embargo no eran válidas debido a que no ostentaba la calidad de trabajador de la compañía, la presentación del pliego de peticiones el 18 de julio de 2016 por “Sintraprosegur” presentó pliego de peticiones el 29 de julio de 2016; no son ciertos o le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de contrato de trabajo, inaplicabilidad de la convención colectiva suscrita entre Prosegur de Colombia S.A. y el sindicato Sintravalores, inexistencia de fuero circunstancial, inexistencia de sindicato mayoritario en Prosegur de Colombia S.A., buena fe de la sociedad demandada, prescripción y compensación.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 463) en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas y se condenó en costas al extremo demandante.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que Serdempo, Emposer Ltda. y Seguridad Cosmos Ltda. nunca fueron sus verdaderos empleadores, pues tal calidad la ostentó Prosegur de Colombia S.A. siendo aquellos unos simples intermediarios a voces del artículo 35 del CST. Agregó que el Ministerio del Trabajo previamente ha sancionado a Prosegur de Colombia S.A. por los mismos hechos aquí debatidos, es decir, por incumplir la prohibición contenida en el artículo 5° convencional de suscribir contratos con empresas de servicios temporales para que éstas le suministren personal en misión a fin de desarrollar labores propias del giro ordinario o del objeto social de Prosegur. Por lo anterior, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Prosegur de Colombia S.A., ya que con las pruebas aportadas al plenario se acredita que entre el 11 de junio de 2012 al 6 de marzo de 2017 prestó servicios directamente a la transportadora de valores como lo son el carnet, las fotos en las que porta las armas trabajando en las instalaciones de la demandada y el libro de registro de firmas con el cual se autoriza a los trabajadores de Prosegur de Colombia S.A. a ingresar a las instalaciones de sus clientes. Finalmente, indicó que se afilió de manera oportuna y debida a “Sintraprosegur”, sindicato que presentó pliego de peticiones a Prosegur de Colombia S.A., persistiendo hasta la actualidad el conflicto colectivo, razón por la cual estaba amparado por fuero circunstancial al momento del despido, resultando procedente su reintegro.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la compañía transportadora de*

valores, presentó alegatos en los que en síntesis solicitó se confirme la decisión de primer grado, en tonta el extremo demandante no acreditó la existencia de un contrato de trabajo.

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

Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar las inconformidades plateadas por la parte demandante al sustentar el recurso de apelación.

#### CALIDAD DE VERDADERO EMPLEADOR

El debate en el sub lite se circunscribe en determinar si el demandante fue trabajador subordinado de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. como lo planteó en la demanda, teniendo como simples intermediarias a Serdempo, Emposer Ltda. y Seguridad Cosmos Ltda.; o por el contrario, fueron estas últimas sus verdaderas empleadoras.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, cumple indicar, en primer lugar, que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al artículo 23 del CST.

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para

*definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).*

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

*A su turno, el numeral 2° del artículo 35 del CST señala que:*

*"2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo."*

*Bajo los anteriores derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo a fin de determinar si entre el demandante y la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. existió una verdadera relación de trabajo subordinada o dependiente, en la cual Serdempo, Emposer Ltda. y Seguridad Cosmos Ltda. fungieron como simples intermediarias.*

*Pues bien, fue aportada misiva del 15 de diciembre de 2016 dirigida a Alkomprar en la que se informa "a continuación relaciono las novedades de ingreso, retiro de personal y retiro de vehículos presentadas en la Transportadora de Valores de Prosegur de Colombia S.A. (...) INGRESO DE PERSONAL Linares Rodríguez José Wilson" (fl. 18); en la hoja de ruta del 24 de diciembre de 2013 se incluye el nombre del actor como "tripulante" (fl. 19); tirilla con logo y sello de Prosegur en la que se anota el nombre del demandante y dice que sale por hora del almuerzo (fl. 20); copia de los carnets con el logo de Prosegur, en dos se referencia al actor como escolta vehicular y en un tercero como vigilante*

(fls. 21 y 22); registro de firmas (fls. 23 a 37); diploma de reentrenamiento del 27 de mayo de 2013 expedido por el director académico de Prosegur S.A. (fl. 38); documento del 19 de julio de 2016 en el que la transportadora de valores indica a Sintravalores que el demandante no es trabajador de Prosegur, por lo que no es factible que se tenga como válidas la afiliación a esa organización (fl. 294).

Respecto de las pruebas que se refieren a Serdempo S.A.S. encontramos liquidaciones de dos contratos de trabajo a término fijo del 11 de julio al 2 de noviembre de 2012 y del 7 de marzo al 2 de julio de 2013, en el que se avizora que el actor ocupó el cargo de celador (fls. 39 y 40), los contratos de trabajo correspondientes a esos interregnos, además del contrato de trabajo a término fijo entre el 8 de noviembre de 2012 y el 1º de marzo de 2013 (fls. 287 a 292).

En cuanto a Emposer S.A. obra certificación laboral del 31 de octubre de 2016, en la que se refiere que Linares Rodríguez laboró como escolta vehicular desde el 6 de julio de 2013 (fl. 41); desprendibles de nómina en los que se evidencia el pago de los meses de octubre de 2015 y mayo de 2016 (fl. 43); historia laboral de Porvenir S.A. en la que se registran períodos cotizados en pensiones con Serdempo S.A.S., Emposer y Seguridad Cosmos Ltda. entre julio de 2012 y noviembre de 2016 (fls. 44 a 47); misiva del 26 de septiembre de 2016 en la que autoriza el retiro parcial de cesantías (fl. 259); carta de terminación del contrato de trabajo el 3 de febrero de 2005 (fl. 260); contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con vigencia a partir del 6 de julio de 2013 junto con el anexo de seguridad de información (fls. 261 a 266); copia del carnet que acreditaba a Linares Rodríguez como escolta con vigencia hasta el 21 de mayo de 2015 (fl. 267); acta de declaración de descargos del 10 de marzo de 2016 (fls. 268 a 271), junto con la citación para rendirlos (fl. 272) y la determinación de sanción (fl. 276); comunicación de incremento del salario básico para el año 2015 suscrita por el coordinador de contratación de Emposer (fl. 273); documento en el que Emposer comunica el ascenso como escolta vehicular a partir del 1º de octubre de 2013 (fl. 274); actas de entrega de dotación (fls. 277 a 285).

Y las que militan que atañen a Seguridad Cosmos Ltda, constancia laboral en la que se anota que el accionante "laboró en nuestra compañía a partir del 07 de julio de 2013 hasta el 5 de marzo de 2017, al momento de su retiro desempeñaba el cargo de ESCOLTA

VEHÍCULAR” (fl. 42, 254 y 258); carta de terminación del contrato de trabajo por expiración del plazo del 29 de enero de 2017 (fl. 250); comunicación del 10 de noviembre de 2016 mediante la cual se le informa sobre la sustitución patronal acaecida, siendo Seguridad Cosmos Ltda. quien en adelante ostentaría la calidad de empleador y no Emposer (fl. 251); liquidación final del contrato de trabajo (fls. 252 y 253); citación a examen médico ocupacional (fl. 256); autorización de retiro de cesantías del 4 de abril de 2017 (fl. 257).

También obra el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS INDEPENDIENTES DE ESCOLTA Y VIGILANCIA FIJA MOVIL CON ARMAS DE FUEGO A SUSCRIBIR ENTRE THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES Y EMPOSER S.A.” (fls. 369 a 372), el cual tenía por objeto: “PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato consiste en el suministro por parte del CONTRATISTA y en favor del CONTRATANTE, del servicio de vigilancia fija móvil con armas de fuego en los lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que EL CONTRATANTE requiera a nivel nacional, y los cuales acordarán previamente las partes de acuerdo con la necesidad del CONTRATANTE y disponibilidad del CONTRATISTA para el efecto. Para tal efecto, el servicio de vigilancia aquí contratado se prestará con el número de hombres armados que sean requeridos por el CONTRATANTE, los cuales estarán altamente calificados y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario para llevar a cabo y buen término el objeto del presente contrato. Los elementos y armas que deberán prestar los hombres suministrados por EL CONTRATISTA, serán dispuestos en cada requerimiento de servicio que realice el CONTRATANTE (...).”

De igual manera, se observa en el plenario el “CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL SUSCRITO ENTRE COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. Y SEGURIDAD COSMOS LTDA.” (fls. 376 a 387), cuyo objeto consiste en lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Por medio del presente Contrato las partes acuerdan los términos y condiciones bajo los cuales las mismas se comprometen a realizar de manera conjunta las respectivas actividades de colaboración para efectos de desarrollar el Proyecto.

Como se indicó en las consideraciones, el Proyecto que realizarán las Partes en conjunto consistirá en la prestación a terceros de Servicios de Transporte de Valores, con un esquema de Seguridad Especializado (en adelante, individual o conjuntamente denominados, “Los Servicios”).

En virtud del presente Contrato, las Partes unirán esfuerzos para la implementación del Proyecto que corresponde al desarrollo, montaje, operación y explotación de los Servicios. Cada una de las Partes en virtud del presente Contrato aportará su experiencia, conocimientos, así como una serie de elementos que incluyen: tecnología, personal, equipos, vehículos, armamento etc, y las consecuentes actividades y recursos que se requieran, propias del giro natural de la operación, para lo cual las partes darán a conocer las prestaciones complementarias, previo acuerdo por escrito, sin ningún tipo de solemnidad.”

*Se incorporaron al plenario los certificados de existencia y representación legal de Emposer S.A. (fls. 12 a 15) en el que se inscribe: “EL OBJETO DE LA SOCIEDAD ES: 1. LA PRESTACIÓN REMUENRADA DE LOS SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA CON O SIN ARMAS, EN LAS MODALIDADES DE VIGILANCIA FIJA , VIGILANCIA MOVIL Y ESCOLTA A PERSONAS, VEHICULOS Y MERCANCÍAS (...)”; así como el de Seguridad Cosmos Ltda. (fls. (16 y 17) en el que se evidencia que el objeto social corresponde a la “PRESTACIÓN REMUNERADA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA EN LA MODALIDAD PRIVADA EN LA MODALIDAD DE VIGILANCIA FIJA, MOVIL Y/O ESCOLTAS”, es decir, estas empresas corresponden a empresas de seguridad, y no a servicios temporales como si lo fue Serdempo S.A.S., sin que pueda, predicarse de las compañías de seguridad intermediación laboral alguna, nótese incluso, como Emposer S.A. ejerció acciones disciplinarias respecto del demandante (fls. 268 a 272 y 276).*

*Ahora que la compañía de valores transgrediera los preceptos de la convención colectiva de trabajo y que por ello fuera sancionada no implica por si sola el contrato de trabajo con el señor Linares Rodríguez, téngase en cuenta que una es la obligación que tiene la empresa de cumplir los acuerdos convencionales respecto de los trabajadores que son beneficiarios y otra muy diferente, que su incumplimiento otorgue derechos a personas ajenas a la empresa.*

*Pues bien, el análisis conjunto de los medios de convicción previamente reseñados lleva a la conclusión que el actor no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., lo que de suyo impide que surja la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo petitionado. En efecto, las pruebas recaudadas dan cuenta de una prestación personal del servicio pero en relación con Seguridad Cosmos Ltda., y no con Prosegur de Colombia S.A., ya que ningún medio probatorio conduce a establecer ese vínculo directo con esta última; es más, los únicos documentos aportados al respecto corresponden a las copias de dos carnets que contiene los datos del accionante, una misiva dirigida a Alkomprar indicando quienes podían ingresar a las instalaciones, un certificado de reentrenamiento y un registro de firmas del personal autorizado por la compañía “para recibir o entregar valores en sus instalaciones”, de los cuales podría colegirse, a lo sumo, que José Wilson Linares Rodríguez estaba autorizado para ingresar a las instalaciones de Prosegur de Colombia S.A., pero de ninguna*

*manera dan cuenta de una relación de trabajo subordinado. Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:*

*“Si la empresa, en la citada diligencia, admitió que el actor portaba un carné dentro de la empresa, que debía recibir y entregar las llaves de la oficina al ingresar y al salir de la entidad, así como que se llevaba un registro de sus entradas y salidas a la entidad y que estaba sometido a una auditoría mensual por una dependencia de la compañía, esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía, dado que constituyen medidas de seguridad y de control; y, en el caso de la auditoría mensual, es una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio.” (Sentencia SL9801-2015, con radicación N° 44519 del 29 de julio de 2015)*

*Aunado a lo anterior, en el sub examine no se logró acreditar que la demandada Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. le impartiera órdenes o instrucciones al actor para el desarrollo de su labor, le impusiera horario o le asignara sitios de trabajo, ni que se presentaran circunstancias que desdibujaran la existencia del vínculo laboral con Serdempo S.A., Emposer S.A., Seguridad Cosmos Ltda. Por el contrario, advierte la Sala que la ejecución de las actividades desarrolladas por la demandante se ajustó a las previsiones del contrato de trabajo suscrito con esta última.*

*En este sentido, se hace preciso recordar que es el demandante quien tenía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPTSS, sobre lo cual la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha manifestado:*

*“Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla.” (casación de 31 de mayo de 1947).*

*Y en caso de no cumplir con esta carga procesal, la parte reclamante ha de correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado. Por lo que se impone confirmar la decisión absolutoria de primer grado; no sin antes indicar que, al no encontrarse probada la existencia del contrato de trabajo con la Compañía*

*Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., se releva la Sala del estudio del reintegro demandado respecto de esta sociedad.*

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

**RESUELVE**

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada.*

*Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase 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 ADRIANA ELVIRA LEMOS PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y al Dr. Simón Enrique Angarita Villamizar quien se identifica con la C.C. No 1.018.450.368 y la T. P. No. 271.911 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

## SENTENCIA

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

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Adriana Elvira Lemos Pérez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A., para que se declare que los fondos de pensiones omitieron el deber de información, por tanto, procede la nulidad de las afiliaciones al RAIS. En consecuencia, se condene a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, debiendo esta última entidad aceptar el traslado de la actora. De igual manera, al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 9 del expediente digital C.D. fl. 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de enero de 1963; empezó a cotizar al RPMPD el 15 de noviembre de 1984, cotizando un total de 273.86 semanas; mientras prestaba servicios a Hobac Ltda. se afilió a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 24 de enero de 1.996, debido a que el asesor no le informó sobre las consecuencias del traslado; luego el 27 de enero de 2003 se traslada a Porvenir S.A., y de allí pasó a Old Mutual el 26 de marzo de 2004, sin que ninguno de los fondos de pensiones le indicaran la posibilidad de retornar al ISS; después se afilió a Colfondos S.A. administradora que no dio brindó asesoría; ninguno de los asesores de las referidas AFP cumplieron con el deber de información, en atención a que no explicaron las ventajas y beneficios de retornar al régimen público, la imposibilidad de retornar a Colpensiones cuando le faltaron menos de diez años para cumplir la edad pensional; en diciembre de*

2012 un asesor de Skandia S.A. la incentivó a regresar a ese fondo de pensiones bajo la promesa de mejores rendimientos y ventajas; solicitó a Colpensiones traslado y/o afiliación, la cual mediante oficio del 26 de junio de 2019 da respuesta negativa; el 6 de junio de 2019 Old Mutual S.A. envía simulación de pensión de vejez, la cual arroja un valor de \$3.306.255 dentro de 1 año, mientras que en el RPMPD la mesada pensional ascendería a \$6.443.745.

#### 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. 103 a 110 del expediente digital C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó: la edad de la actora, su afiliación al ISS, las 273,86 semanas cotizadas a esa entidad, la solicitud hecha a Colpensiones y la respuesta negativa; Sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. 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.

A su turno, Old Mutual S.A., en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 149 a 171); en cuanto a los hechos aceptó: las 4 veces en que la actora se vinculó a esta AFP y la permanencia en ese fondo en la actualidad; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Propuso como excepciones perentorias las de Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación del RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

*Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folio 235 del plenario, se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a ese Fondo, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del C.P. T. y S.S., por lo que pide que no se le imponga condena en costas o agencias en derecho.*

*Por su parte, Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo en el que se opuso a las pretensiones incoadas (fls. 261 a 269); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante y su afiliación a Protección S.A; en cuanto a los demás manifestó que no le constan y no son ciertos. De fondo propuso las excepciones enlistadas como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.*

*Finalmente, Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 327 a 363); en cuanto a los hechos aceptó solamente la afiliación a Porvenir S.A. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y 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. 2) en la que declara la ineficacia del cambio de régimen pensional por medio de la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A., y los nueve traslados horizontales posteriores; Ordenó a los fondos privados demandados a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes girados concepto de cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y a esta última a tener como asegurada a la activa, se abstuvo de imponer costas a Colfondos S.A. y condena en estas a las demás enjuiciadas, en un SMLMV a cargo de cada una.*

## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. adujo que no se tuvo por probada la debida información suministrada por ese fondo privado, pese a que el formulario de afiliación era el requisito exigido en la época; la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003; la demandante en su interrogatorio confiesa que no leyó el formulario de vinculación a la AFP, lo que denota su negligencia; los gastos de administración y el seguro provisional, en tanto se ocasionaron rendimientos por la excelente administración de la cosa.*

*A su turno, Porvenir S.A. aduce que dentro de la sentencia se le ordena devolver los dineros que tenga de la accionante, sin embargo, cuando aquella migró de fondo privado la administradora cumplió con esa obligación; la demandante permaneció válidamente afiliada a Porvenir S.A. proveniente de un traslado horizontal; en el interrogatorio señaló que no recordaba la forma en que ocurrió el traslado inicial; el formulario de afiliación es el idóneo para demostrar que recibió la información necesaria.*

*Colpensiones considera que no se demostró estar frente a un vicio del consentimiento; la responsabilidad de las AFP es objetiva por lo que se le exime al demandante de la carga de la prueba, cuando en su calidad de afiliado tiene el deber de asesorarse de conformidad a las obligaciones recíprocas en virtud de la vinculación; el traslado contribuye a la descapitalización del fondo dado que la activa se beneficia de un ahorro comunitario que desfinancia el sistema; solicita se revoque la condena en costas*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de*

*gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.*

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

*Protección S.A. sostuvo por su parte que brindó la información idónea en el año 1996, sin que mediara mala fe; devolver los gastos de administración con cargo a las utilidades, constituye una sobre remuneración.*

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

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Protección S.A. hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos de Colpensiones a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 2 Pdf. 27); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de*

*traslado de régimen pensional realizado el 15 de junio de 1994 a la AFP Davivir hoy Protección S.A. (C.D. fl. 2 Pdf. 284) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores comerciales de (...) Protección S.A. tampoco cumplieron con el deber legal de información. Asesoría y buen consejo", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Protección S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 15 de junio de 1994 (C.D. fl. 2 Pdf. 284). 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.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte la demandante no recuerda cómo se dio su vinculación a Davivir e ING hoy Protección, dice que se acercaron unos asesores; quiere retornar a Colpensiones debido a que se siente engañada por los fondos privados, en 2005 se acercó un promotor de Protección S.A. le dijo que podía pensionarse antes de tiempo y lo suscribió; en general le dijeron que tendría más rentabilidad; reconoce que fue la persona que diligenció y firmó el formulario a Davivir 1994; en cuanto al formulario suscrito con Colmena, reconoce la rúbrica y recuerda que un asesor de la AFP le dijo que se cambiara de fondo debido a que era mejor, que Colmena era más sólido y que podría retirarse antes de tiempo; los cambios de fondo de pensiones concurren con las oportunidades en que cambió de empleo y en cada una de esas ocasiones suscribió formulario; no ejerció el derecho de retracto; no conoce el valor de la mesada pensional a la que accedería en cada régimen; en ningún momento se dijo que debía volver a Colpensiones en un momento específico y cuando escuchó de los inconvenientes pensionales con las AFP, buscó asesoría legal; el asesor de Porvenir le dijo que esa sociedad era del grupo Aval el más grande y sólido del país; no se le dijo que tendría una cuenta de ahorro individual ni la causación de rendimientos. No leyó el formulario de afiliación con destino a Porvenir S.A.; recuerda la segunda vinculación a Skandia dado que el asesor iba de manera continua a la empresa; no acudió en busca de información ante ningún fondo.*

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

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el C.D. fl. 2 Pdf. 284 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP 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 como se observa en los anexos incorporados en el C.D. fl.*

*2 Pdf. 284 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora no cumplió su deber como consumidor financiero, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras*

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

*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*

---

<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.

*régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP 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 del demandante*

*En atención 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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.*

*Pese a que en la sentencia objeto de alzada se condenó a todos los fondos de pensiones a devolver la totalidad de los aportes girados por concepto de cotizaciones de la actora, es de resaltar que la sentencia se refiere en el caso de los fondos de pensiones a los que ya no está vinculada, a que procedan a la devolución de los gastos de administración y seguro previsional. Así que para no causar confusión, y ante la indiscutible falta de información que se le debió*

*brindar a la señora Adriana Elvira Lemos Pérez en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar Colfondos S.A., Protección S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a esos fondos, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

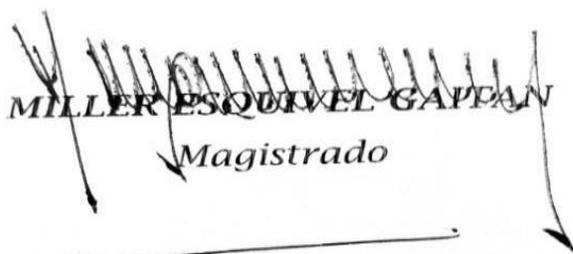
#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar también a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada a cada fondo. De conformidad a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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 HEMEL RAMÓN MONTAGUTH SÁNCHEZ CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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 demandada contra la sentencia del 7 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la UGPP.*

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

***Hemel Ramón Montaguth Sánchez**, por medio de apoderada judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social - UGPP, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, a partir del 2 de septiembre de 2010 fecha en que cumplió 55 años de edad; junto con la indexación de la primera mesada, los reajustes anuales legales, las mesadas adicionales de junio*

y diciembre, el retroactivo de mesadas debidamente indexado al momento del pago, lo probado ultra y extra petita, y las costas.

*Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados a folios 6 y 7 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que: laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 25 de mayo de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 24 años, 1 mes y 2 días; desempeñó como último cargo el de "Director III, Grado 09", en la oficina de Cachira - Norte de Santander; el último promedio mensual devengado fue de \$1.351.763,00; estuvo afiliado a la organización sindical "Sintracreditario"; es beneficiario de la convención colectiva de trabajo con vigencia 1998-1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y "Sintracreditario"; cumplió 55 años de edad el 2 de septiembre de 2010; solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, obteniendo respuesta negativa.*

#### 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 todas las pretensiones formuladas (fls. 80 a 91 del expediente digitalizado). En cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, excepto los relacionados con el tiempo de servicios, la afiliación a la organización sindical y que no es procedente el reconocimiento prestacional dada la fecha del cumplimiento de la edad de 55 años. Propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación 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 (grabación de audiencia adjunta al expediente digitalizado), en la que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2016 y no probadas las demás propuestas; declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional a partir del 2*

*de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$1.981.992.00, pensión que tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones, por lo que la UGPP deberá pagar al demandante el mayor valor entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez; reconocimiento que se hace incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad; condenó a la demandada a pagar al demandante el retroactivo pensional causado entre el 9 de mayo de 2016 y la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados, que calculado al 30 de junio de 2021 asciende a la suma de \$114.015.145.00, cuyo pago debe realizar se de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas hasta el momento de su pago definitivo, autorizando a la entidad demandada a descontar el porcentaje que corresponde a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; y por las costas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, las partes interpusieron recurso de apelación. La demandada argumentando que el actor no acreditó los requisitos contemplados en la convención colectiva de trabajo, toda vez que al cumplimiento de los 55 años de edad no se encontraba laborando; adicionalmente, dicha edad tampoco la cumplió con anterioridad al 31 de julio de 2010, límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no tiene derecho a la prestación que reclamada.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, únicamente la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, solicitando confirmar en todas sus partes la decisión de primera instancia.*

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

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a estudiar en consulta en favor de esa entidad los puntos no apelados.*

## PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

*Se demanda el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, por haber prestado los servicios personales como trabajador de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del el 25 de mayo de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 24 años, 1 mes y 2 días y cumplir la edad de 55 años, cuestión con la que discrepa la parte demandada ya que advierte que al cumplir la citada edad después del último plazo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 31 de julio de 2010, el derecho pensional reclamado no puede prosperar.*

*Para resolver la Sala advierte que es indiscutible que el demandante laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 1 el 25 de mayo de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 21 y 22 del expediente digitalizado), es decir, un total de 24 años, 1 mes y 2 días, ocupando como último cargo el de "Director III, Grado 09", en la oficina de Cachira - Norte de Santander. De la misma manera, es de anotar que la convención colectiva de trabajo fuente del derecho reclamado se allegó con la constancia de depósito (art. 469 del CST), en medio magnético incorporado al proceso digitalizado, así como certificación en la que hace constan que el promotor estuvo afiliado a la organización sindical "Sintracreditario" (fl 27 del expediente digitalizado)*

*Ahora, en cuanto a la calidad de beneficiario de la convención colectiva de trabajo del demandante, basta con remitirnos al artículo 4° del acuerdo convencional, el cual señala que "Los beneficios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción de...", cargos excluidos dentro de los cuales no se encuentra el del demandante.*

*Precisado lo anterior y como en el sub lite, tal y como se indicó en precedencia, se pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación contemplada en la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agraria, Industrial y Minero "Sintracreditario" y la Caja de Crédito Agraria, Industrial y Minero con vigencia 1998-1999, que, en lo pertinente contempla:*

*“PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.- A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios...”*

*PARÁGRAFO 1°. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte años de servicios a la Institución.”*

*De conformidad con la norma transcrita se tiene que no solamente el trabajador de la Caja Agraria tiene derecho a la pensión de jubilación convencional al cumplir con los requisitos de tiempo de servicios y edad, como normalidad, sino que además tiene derecho a dicha prestación cuando es retirado o se retira del servicio y lleva 20 años o más de labores, caso en el cual la pensión procede cuando el ex trabajador cumpla la edad de 55 años si es hombre o 50 si es mujer, siendo esta última situación la invocada por el demandante. De manera que al haber laborado el actor hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 21 y 22 del expediente digitalizado), tiene derecho a la pensión convencional cuando cumplió la edad de 55 años, que lo fue el 2 de septiembre de 2010 (registro civil de nacimiento folio 18 y 19 del expediente digitalizado, sin que vea afectado el derecho por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que permitió el derecho a la pensión convencional hasta el 31 de julio de 2010, puesto que al momento del retiro del servicio ya había dejado causado el derecho, siendo el cumplimiento de la edad un requisito para la exigibilidad del mismo. Y así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado N° 63158 del 14 de febrero de 2018:*

*“Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1°, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.*

*Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.”*

*Posición que ha sido reiterada en recientes pronunciamientos, como por ejemplo en las sentencias SL4550-2018 y SL3280-2019.*

### **LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL**

*Frente a los factores para liquidar la pensión, éstos están contenidos en el párrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que establece:*

*“La pensión se liquidara así:*

*Primer Factor Fijo: Último sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

*Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

*Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*

*De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido”.*

*De lo anterior se tiene que de acuerdo a los factores establecidos en precedencia y trayéndolos a la certificación que obra a folios 21 y 22 del informativo digitalizado relacionado con los factores salariales devengados en el último año, nos arroja una suma de \$1.078,443,00, como a continuación se detalla:*

<i>Sueldo básico</i>	<i>\$704.344,00</i>
<i>Prima de antigüedad</i>	<i>\$254.320,00</i>
<i>Gastos de representación</i>	<i>\$ 2.100,00</i>
<b><i>PRIMER FACTOR</i></b>	<b><i>\$960.764</i></b>
<i>Prima Jun/1998</i>	<i>\$20.098,00</i>
<i>Prima Dic/1998</i>	<i>\$1.607.800,00</i>
<i>Prima Jun/1999</i>	<i>\$1.417.127,00</i>
<i>Prima Escolar 1999</i>	<i>\$476.850,00</i>
<i>Prima de Vacaciones</i>	<i>\$1.024.815,00</i>
<i>Salario en Especie</i>	<i>\$145.304,00</i>
<b><i>TOTAL</i></b>	<b><i>\$4.691.994,00</i></b>
<b><i>SEGUNDO FACTOR (total/12)</i></b>	<b><i>\$390.764,00</i></b>
<b><i>PRIMER FACTOR + SEGUNDO FACTOR</i></b>	<b><i>\$1.351.763,00</i></b>

Valor que al aplicarle la fórmula adoptada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicación 31222, así:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

$$VA = VH \frac{\$1.351.763 \times IPC \text{ Final } (71,2)}{IPC \text{ Inicial } (36,42)} \quad VA = \$2.642.655.84$$

Monto éste que al aplicarle un porcentaje del 75%, arroja **\$1.981.991,88** como valor inicial de la mesada pensional para el año 2010, suma que resulta equivalente a la establecida por el fallador de primer grado; imponiéndose confirmar su decisión en este punto.

#### COMPARTIBILIDAD

Ahora, teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones a través de la Resolución GNR 330936 del 2 de diciembre de 2013 (anexa al expediente digitalizado), a partir del 2 de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$1.142.151,00, y considerando que el monto de la pensión de jubilación convencional para esa misma anualidad asciende a \$1.981.991,88, resulta claro que el mayor valor a cargo de la UGPP para el año 2010 equivale a la suma de \$839.840,87. En este punto se hace preciso aclarar que lo aquí reconocido es la compartibilidad pensional, en los términos de los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, criterio ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL376-2015, SL604 -2017, SL4107-2018 y SL5608-2019, esta última con radicado 76633; lo que significa que lo único que está a cargo de la UGPP, es el valor mayor de la pensión mensual que viene pagando Colpensiones. En consecuencia, es claro que no se están reconociendo y pagando dos prestaciones de manera separada, sino compartibles.

## MESADA CATORCE

*Además de lo anterior, se tiene que la demandante también tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, pues ésta se causó antes de los presupuestos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, mismas consideraciones anotadas en precedencia, lo cual conlleva a la Sala a confirmar la decisión recurrida y consultada en este tópico.*

## INDEXACIÓN

*En punto a este tema, la Sala advierte que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor, es por ello un procedimiento resarcitorio de la inflación. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991, señaló sobre el particular:*

*“Con apoyo en la perceptiva ( el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”.*

*En razón de lo anterior, debe reconocerse legítimamente la indexación para remediar la pérdida de poder adquisitivo de las sumas adeudadas por el retardo en el reconocimiento del derecho pensional, lo cual es simplemente la compensación de la depreciación monetaria, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este punto.*

## EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6° del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.*

*Acorde con lo anterior, como en el caso de autos la prestación se hizo exigible a partir del 2 de septiembre de 2010, se presentó reclamación administrativa el 9 de mayo de 2019 (fls. 24 a 26 del expediente digitalizado) y se radicó la demanda el 23 de septiembre de 2019 (acta de reparto, fl. 28 del expediente digitalizado), es claro que en el sub judice operó el fenómeno prescriptivo sobre en mayor de las mesadas pensionales a cargo de la UGPP, causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2016, conforme lo determinó el a quo.*

*Así es de precisar que al hacer el cálculo sobre el retroactivo sobre las diferencias de mesadas pensionales que por mayor valor le corresponde al demandante a cargo de la UGPP, ordenado por el juez de instancia entre el 9 de mayo de 2016 y el 30 de junio de 2021, efectivamente asciende a la suma de \$114.015.145.00, cuyo pago como se analizó en precedencia, debe realizarse de manera indexada*

desde la fecha de causación de cada una de las mesadas a cargo de la entidad demandada hasta el momento de su pago definitivo, por lo que se debe confirmar la sentencia en este aspecto.

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 decisión apelada y consultada.*

*Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente, en la liquidación respectiva inclúyase en la liquidación la suma de \$900.000, como agencias en derecho.*

*Notifíquese y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN DAVID GONZÁLEZ LAGARMA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y al Dr. Henry Daría Machado Gualdrón quien se identifica con la C.C. No 77.091.125 y la T. P. No. 248.528 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Juan David González Lagarma actuando a través de apoderado judicial interpuso demanda laboral en contra de la Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. para que se disponga el regreso automático al administrado por Colpensiones; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar los dineros junto con los rendimientos causados, sin descontar valor alguno por gastos de administración a Colpensiones; de igual manera, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 6/ Pdf 8 a 14 del expediente digital C.D. fl. 2, en los que en síntesis se indica que: nació el 27 de junio de 1959 y a la fecha tiene 58 años de edad, estuvo vinculado al otrora ISS del 8 de noviembre de 1983 al 20 de marzo de 1995, cotizando en el RPMPD 463 semanas; para la época del cambio de régimen pensional se encontraba laborando con un salario superior al mínimo legal vigente, por lo que atendiendo al tiempo cotizado debió realizarse la proyección de la mesada pensional, pero no se elaboró; el 1º de septiembre de 1995 se afilió a Horizonte hoy Porvenir S.A. debido a que se le dijo que era más benéfico para pensionarse le RAIS que en el ISS, los vendedores comerciales de la AFP acudieron a su lugar de trabajo y omitieron suministrar información real, suficiente y oportuna sobre las consecuencias del traslado lo que denota que la afiliación no fue libre y espontánea, pues fue el asesor el que lo indujo al error; tampoco se le dijo que el derecho pensional en el régimen público se construye con las cotizaciones de los últimos diez años, mientras que en el RAIS lo es con el capital ahorrado, los*

*rendimientos y el bono pensional; en septiembre de 1999 se hizo afiliado de Protección S.A., retornado a Porvenir S.A. en julio de 2006; en total ha cotizado 1227 al sistema general de pensiones; Colpensiones no lo asesoró; una firma consultora determinó que la pensión en el RAIS le era desfavorable en comparación con la del RPMPD; Solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado entidad que lo negó.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 69 a 80/148 a 170 del expediente digital C.D. fl. 2); en cuanto a los hechos aceptó: el nacimiento y la edad de la actora, su afiliación al ISS, la solicitud hecha a Colpensiones y la respuesta negativa; Sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Porvenir S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo en el que se opuso a las pretensiones incoadas (fls. 101 a 108 Pdf. 212 a 226); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante y su afiliación a Porvenir S.A; en cuanto a los demás manifestó que no le constan y no son ciertos. De fondo propuso las excepciones enlistadas como prescripción, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o la genérica.*

*Finalmente, Protección S.A. por medio de curador ad litem, dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 187 a 191/ Pdf. 326 a 334); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación ese fondo, la precedencia del ISS y la fecha de nacimiento de la activa. Como excepciones perentorias formuló las que denominó prescripción, y caducidad 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. 2) en la que declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS por medio de Porvenir S.A., efectuada el 13 de noviembre de 1995, así como los demás traslados horizontales; declaró al demandante válidamente afiliado a al RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado; Condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como: cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con motivo de la afiliación de actor; declaró no probadas las excepciones propuestas por las pasivas; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas; impuso costas a cargo de cada una de las enjuiciadas en suma de \$500.000 como agencias en derecho.*

#### *RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. aduce que el formulario de afiliación es un documento público contentivo de los derechos y obligaciones que el demandante con su firma aceptó; el despacho no tuvo en cuenta las manifestaciones realizadas por el señor González Lagarma en su interrogatorio de parte respecto de la información recibida en cada uno de los momentos, no solamente del traslado en el año 95 sino los posteriores traslados horizontales en los cuales se aceptó haber estado asistido por asesores de los diferentes fondos; la condena al traslado de los gastos de administración y las primas con cargo a los aportes, a las cotizaciones realizadas por el demandante, toda vez que este constituye al enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que esos conceptos no hacen parte del derecho pensional, por lo que son objeto de prescripción.*

*Colpensiones considera que para el año de 1995 época en la que se llevó a cabo el traslado de régimen pensional lo único requerido era la firma libre y voluntaria del formulario de vinculación, dado que la obligación de información surgió a partir de la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015, por tanto, no es razonable jurídicamente imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado; que retorne al RPMPD y se beneficie de lo que en este régimen se consagra, afecta la sostenibilidad y el equilibrio financiero del sistema. A*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que el formulario de afiliación contiene la manifestación libre voluntaria de elección de régimen pensional, sin que fuera objeto de tacha ni reargüido de falso. Aunado a que la afiliada no se preocupó por conocer los aspectos relevantes de su futuro pensional lo que evidencia negligencia de su parte. Tampoco procede la devolución de gastos de administración ni primas de seguros, pues no financian la pensión de vejez, por lo que están llamados a afectarse por el fenómeno extintivo de la prescripción.*

*A su vez, Colpensiones reiteró los argumentos expuestos en la apelación.*

*La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia en atención que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de suministrar de información clara, completa y suficiente.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y Porvenir S.A. y Protección S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

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

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "al afiliarse a Protección no lo hizo de una manera libre, autónoma y consciente pues el asesor de PROTECCIÓN no le dio la información suficiente y veras", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 13 de septiembre de 1995, efectivo desde el 1º de octubre del mismo año (C.D. fl. 2 archivo 01 fl. 109). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte expresó que en la actualidad es empresario, economista graduado del año 1982; para la época de cambio de régimen estaba vinculado laboralmente a Leasing Grancolombiano; la asesora por medio de la persona de recursos humanos le solicitó una cita y durante el término de diez minutos la promotora de Horizonte le dijo que el ISS se iba a acabar, que podía pensionarse en cualquier momento o de manera anticipada, por eso le dictó los datos para diligenciar el formulario y una vez completo lo firmó, pero no lo leyó; la motivación fue la confianza en que los fondos estaban vigilados por la Superfinanciera y que los bancos los respaldaban; luego se trasladó a Protección S.A. debido a que su empleador Bancolombia era socio del fondo, por tanto estaría bien vista la vinculación a esa AFP; se retiró en el año 1999 del banco por lo que no cotizó durante 5 años, así que cuando se volvió a emplear se afilió nuevamente a Porvenir S.A.; se asesoró de una persona externa hace 8 años para vincularse a Colpensiones, pero le dijeron que debió hacerlo cuando le faltaran 10 años para pensionarse; no recuerda si recibió extractos o qué tipo de información, simplemente recibió documentos que decían que tenía ahorrado; sabe que en caso de fallecer su esposa e hijo son sus beneficiarios; cuando conoció la diferencia en el monto de la pensión entre uno y otro régimen decidió entablar el proceso ordinario; ningún asesor del ISS le dijo que se cambiara de régimen; firmó el formulario de afiliación de manera libre, pero no estuvo adecuadamente informado; no recuerda textualmente la información, pero está seguro de que no le brindaron toda la información porque la asesora no tardó más de 10 minutos; no conocía la ley 100 de 1993; conocía de manera somera las condiciones pensionales en el otrora ISS.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliado al 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. Sin que del interrogatorio del demandante se desprenda que obtuvo una información completa de los regímenes pensionales y las consecuencias de optar por uno u otro.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el C.D. fl. 2 archivo 01. fl. 123 y la ausencia de tachas o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles 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 los anexos incorporados en el C C.D. fl. 2 archivo 01. fl. 123 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, 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*

*En atención 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 las AFP Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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.*

---

<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.

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

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

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

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

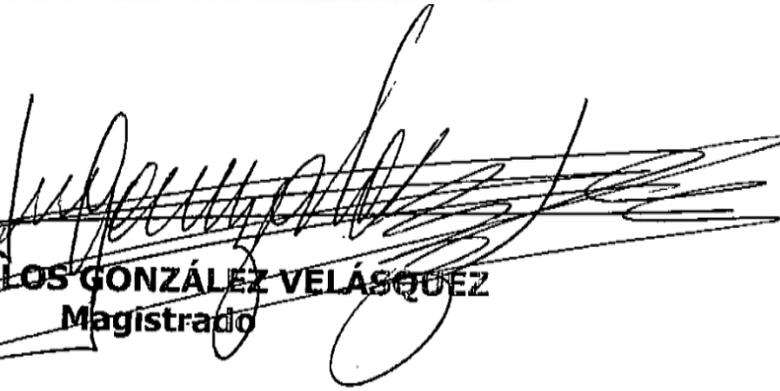
#### *R E S U E L V E*

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

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

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 NURY ESTELLA GONZÁLEZ CELIS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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.*

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

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.*

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

**DEMANDA**

*Nury Estella González Celis, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A, para que se declare la*

*ineficacia del traslado al RAIS por medio de la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 15 de junio de 1994, así como la posterior vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, junto con los rendimientos causados y los gastos de administración, y a ésta última entidad a recibir a la activa en el RPMPD. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 vto. a 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social entre el 15 de marzo de 1984 y el 30 de diciembre de 1994; luego de ello, a partir del 14 de febrero de 1995 se a vinculó al ISS, contabilizando un total de 555 semanas cotizadas; se cambió de régimen pensional el 15 de junio de 1994 por medio de Colmena hoy Protección S.A., con posterioridad se pasó a Horizonte hoy Porvenir S.A. debido a que los asesores de esa AFP resaltaron las bondades y ventajas de la afiliación a ese fondo pero no las desventajas, además le indicaron que el otrora ISS se iba a acabar; a agosto de 2018 contaba con 1490 semanas cotizadas; solicitó a las demandadas la nulidad del traslado y el consecuente retorno al RPMPD, lo que fue resuelto de manera negativa por todas; luego de realizada la simulación pensional se evidenció que la prestación pensión en el régimen privado ascendería a \$791.242 mientras que en el sistema público sería de \$1.792.962*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Protección S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (CD fl. 135); en cuanto a los hechos aceptó: el traslado de régimen a través de Colmena hoy Protección S.A. el 15 de junio de 1994, la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta negativa. Sobre los restantes 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, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión*

*de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.*

*Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 137 a 141); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación al ISS, el traslado a Colmena S.A., la petición de nulidad de cambio de régimen y la respuesta desfavorable a los intereses de la activa. Sobre los restantes manifestó que no le constan. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.*

*Porvenir S.A., allegó contestación (CD fl. 153) en la que presentó oposición a las pretensiones, oponiéndose a las pretensiones formuladas (CD fl. 153); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP y respecto a los demás dijo que no le constan y que no son ciertos como se plantean. Propuso como excepciones perentorias las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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. 166) en la que declaró ineficaz la afiliación realizada por la demandante al RAIS cuya efectividad fue a partir del 1º de julio de 1994 a través de Colmena; declaró válidamente vinculada a la activa al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de González Celis, como cotizaciones, bonos pensiones con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad incluido los cobrados por Horizonte; de igual manera, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones a través de Porvenir S.A. los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la demandante; condenó a Colpensiones a recibir los valores que reintegre Porvenir S.A., así como a actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones*

*propuestas por la parte pasiva; impuso costas a cargo de Protección S.A. en suma de \$2.000.0000.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre, al sostener que el deber de información para la época del traslado consistía en indicar las características de los regímenes pensionales que existían para la esa data y no las pérdidas o renunciaciones a beneficios pensionales en los que se viera inmersa la demandante; dentro del interrogatorio la activa confesó conocer características del RAIS haciendo mención a la rentabilidad, el ahorro programado, la devolución de saldos y la sustitución de aportes, por tanto el fallador debió evaluar el caso en concreto ya que no es factible la aplicación de manera automática la línea jurisprudencial al caso de autos máxime cuando la activa no renunció a ningún beneficio pensional ni tenía una expectativa legítima; de otro lado con el traslado horizontal la señora González Celis accedió a información de las características del régimen, siendo este un acto de relacionamiento con los que ratifica la afiliación; por último en cuanto a la devolución de gastos de administración aquellos obran por disposición legal a causa de la gestión desempeñada de buena fe al generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual. Así durante el tiempo de vinculación el fondo pago las primas de seguro por invalidez y sobrevivencia a la aseguradora, en caso de que se mantenga la decisión de devolución de los gastos de administración solicito se estudie la excepción de prescripción ya que tienen una destinación diferente al aporte realizado por el afiliado a la pensión y en ese sentido opera el medio exceptivo.*

*Protección solicita se le absuelva de la devolución de los gastos de administración cobrados o que se compense esa suma con los dineros que en su momento fueron girados con destino a la AFP Porvenir S.A. por concepto de rendimientos causados por la administración de los recursos, en caso contrario, debe aplicarse el término trienal de la prescripción.*

#### **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, en los que reiteró el recurso incoado y agregó que la demandante permaneció por más de 26 años afiliada al RAIS, de manera que su intención era permanecer en ese régimen pensional, luego de realizar el traslado de manera libre y voluntaria por medio de Protección en 1994, entonces, los presupuestos legales no resultaron demostrados en el curso del proceso.*

*A su turno, la parte actora pidió se confirme la decisión de primer grado, en tanto los fondos de pensiones no cumplieron con el deber de información que les asiste.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante, Porvenir S.A. y Protección, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

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

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

*Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “no informaron los contras o desventajas de realizar un traslado de régimen”, son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez o conocimientos especializados o permanencia en el RAIS, 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 Colmena hoy Protección S.A.**, al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 15 de junio de 1994, efectivo a partir del 1º de julio del mismo año. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La demandante absolvió interrogatorio en el cual señaló que estudió economía pero no culminó los estudios, y en la actualidad se dedica al hogar; mientras trabajaba en la alcaldía de Tenjo, el entonces alcalde les presentó al asesor del fondo de pensiones, quien le dijo por espacio de media hora los beneficios de la AFP; recuerda que le dijeron que eso era un ahorro programado y que cuando se quisiera retirar podía hacerlo, que la persona o el cónyuge podían heredar los dineros, además que tendrían una rentabilidad o intereses superiores a los del ISS, entidad que se iba a liquidar igual que a las Cajas de previsión; luego de la reunión fueron a cada una de las oficinas para que firmaran el formulario de vinculación, pero no le dejaron volantes informativos; en el 2008 o 2010 les realizaron una nueva reunión invitando a los trabajadores a que aún no se habían trasladado a que lo hicieran;*

*después le llegó una carta en la que la citaron a Chía, en dónde una persona del fondo de pensiones Porvenir S.A. le manifestó que la mesada pensional ascendería al mínimo; luego de ello fue a Colpensiones y allí le dijeron que debía reunir 1300 semanas y 57 años de edad, mientras que el RAIS 1150 semanas y 57 años de edad; no realiza aportes en pensión desde 2019; casi siempre cotizó sobre 2 SMLMV; recibió extractos que no entendía, pero no se acercó a ninguno de los fondos privados a obtener información sobre estos; no le hicieron comparativos de mesada pensional; en el momento del traslado únicamente le comentaron las ventajas*

*De lo anterior, se colige que si bien la activa conoció de algunas características del régimen de ahorro individual, ello no es indicativo de que se le comunicaran las características de ambos regímenes pensionales, por lo que no se acoge lo planteado por Porvenir S.A. en la alzada, sobre la aparente información efectiva que recibió la demandante, al momento del traslado.*

*También se recibieron los interrogatorios del **representante legal de Protección S.A.**, el formulario de afiliación soporta la vinculación de la activa al fondo de pensiones; la AFP al momento de la afiliación los asesores señalaban de manera verbal un estimativo de la pensión que eventualmente recibiría; no solicitó en ningún momento una proyección pensional; lo único que se le exigía en el año 1994 era el formulario para que el traslado fuera efectivo; en general a todos los afiliados se les ponía de presente la posibilidad de retornar al RPMPD; siempre se ha exigido que los asesores tengan experiencia en el sector financiero, sean profesionales en áreas afines y se les capacita en el sistema general de pensiones y las líneas generales de negocio del fondo de pensiones y durante todo el tiempo de la vinculación laboral de los asesores se suministra la capacitación, proceso que siempre ha realizado Protección S.A.; y del **representante legal de Porvenir S.A.**, el cambio de régimen se hizo con Protección S.A., por lo que al momento del traslado horizontal suscribió el formulario de afiliación con Horizonte hoy Porvenir S.A., sin que obre constancia de la simulación pensional aunado a que para dicha época no se exigía su entrega, era obligación de la asesora suministrar a la demandante el reglamento del fondo de pensiones; frente a las características de los regímenes pensionales, esa información se suministró de manera verbal; en 2004 se hizo una publicación en la que se le decía a los afiliados que podían retornar al RPMPD.*

*Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección S.A., al tiempo 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, por el contrario, la única prueba de ello es el formulario de afiliación (C.D. fl. 135 Pdf 30), 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. Sin que sea suficiente la manifestación de la recurrente de haber cumplido con la obligación de la información, porque para ello se requiere del medio de prueba que la acredite, la que brilla por su ausencia.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el Pdf 30 del C.D. fl. 135 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 Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al*

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

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

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

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

*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.*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, 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 las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su 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 Protección S.A. y Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, 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”, 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, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia sobre el particular.*

*Ahora, en atención a que se ordenó en primera instancia la devolución de los gastos de administración de Protección S.A. a Colpensiones, por medio de Porvenir S.A., se modificará el ordinal cuarto, para que en su lugar las sumas que en su momento cobró la AFP Protección S.A. en razón de la afiliación de la activa, sean transferidos de manera directa a la administradora del régimen de prima media.*

*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.*

#### **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 el traslado de régimen*

*pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible*

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

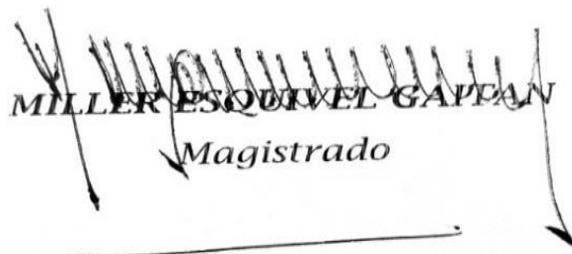
**RESUELVE**

**Primero.-** *Modificar el ordinal cuarto de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, ordenar a Protección S.A. el traslado de lo descontado por gastos de administración se realice directamente a Colpensiones.*

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

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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 SANDRA ELIZABETH AVENDAÑO BRUNAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMIBNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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.*

*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 Colpensiones, contra la sentencia del 16 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*Sandra Elizabeth Avendaño Brunal, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a Protección S.A., para que se declare: la ineficaz el traslado*

*del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; en consecuencia, se ordene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los aportes pensionales debidamente actualizados; y a ésta última a recibirlos; de igual manera, se condene a lo ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 6 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de noviembre de 1966, de profesión enfermera; entre el 1° de abril de 1990 y mayo de 1994 cotizó al otrora ISS 179,70 semanas; el 26 de mayo de 1994 mientras prestaba servicios a Salud Colmena, sin recibir información verdadera, veraz, objetiva, completa y suficiente suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colmena la cual hacía parte de la Fundación, mismo grupo empresarial al que pertenecía su empleador; se le dijo que el RAIS le era más benéfico, aunado a que el ISS se acabaría; ni antes ni después de la suscripción del formulario de afiliación se le proporcionó una asesoría cierta, ni se le indicó el valor de la pensión o la posibilidad retornar al RPMPD como lo ordenó la ley 797 de 2003 y la circular externa 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera; con ocasión a la confianza en la información suministrada continuó realizando aportes al fondo privado; obra formulario de reasesoría con fecha del año 2013, pero no cuenta con su rúbrica, además aquella se remitió a la dirección electrónica [rojitos81verde@hotmail.com](mailto:rojitos81verde@hotmail.com) y [sanavaez29@hotmail.com](mailto:sanavaez29@hotmail.com) las cuales no le pertenecen; no se le ha hecho entrega de la liquidación provisional del bono pensional; en 2019 Protección S.A. le expresó que contaba con 1431,43 semanas cotizadas, por lo que pidió a ese fondo que elaborar la simulación de la mesada pensional, calculo que arrojó una suma inferior a la que obtendría en el régimen público; acudió a las enjuiciadas para que procedieran a la nulidad de la vinculación al RAIS, quienes despacharon desfavorable la petición;*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación a la misma en legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 132 a 169 del expediente digital, oponiéndose a todas y cada*

*una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes al natalicio de la demandante, que inició realizando cotizaciones al ISS y las cotizaciones efectuadas a esa administradora, la reclamación administrativa efectuada y la respuesta expedida; sobre los restantes manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, Protección S.A., dio contestación a la demanda, mediante escrito obrante a folios 178 a 200 del expediente digital, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; en cuanto a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la activa, la afiliación a ese fondo de pensiones, las solicitudes efectuadas de nulidad de traslado y cálculo de mesada pensional y la respuesta expedida, así como la comunicación del total de semanas cotizadas; sobre los restantes dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso de fondo las excepciones enlistadas como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe, prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 2) a través de la cual decide declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP*

*Colmena hoy Protección S.A. el 26 de mayo de 1994; ordenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros; los bonos pensionales al respectivo emisor; declaró a Colpensiones la aseguradora de los riesgos de I.V.M. de la demandante; e impuso costas a cargo de las demandadas en cuantía de 3 SMLMV, pagaderos en cuota parte.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre en apelación manifestando en síntesis, que no hay lugar a declarar la ineficacia, pues al haber sustentado la pretensión la demandante en el engaño sufrido por la AFP, de conformidad con el artículo 167 del CGP, estaba a cargo de Avendaño Brunal demostrar el referido engaño; de igual manera no se reúnen los presupuestos legales para retornar del RAIS al RPMPD.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora solicitó se confirme la decisión de primer grado en atención a que la AFP tenía el deber de suministrar información eficaz y oportuna, situación que no se acreditó.*

*Colpensiones por su parte adujo que no procede la declaración de ineficacia del traslado, en razón a que la activa se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003, además que no ejerció su derecho de retracto.*

#### *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 propuestos por Colpensiones, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a dicha entidad.*

### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 55 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (C.D. fl. 2 Pdf. 12); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 26 de mayo de 1994, efectivo a partir del 1° de junio del mismo año a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (C.D. fl. 2 Pdf. 271) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que la parte actora cumplió con la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del CGP; en este sentido se recuerda 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), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no erecurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

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

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; 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 es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación 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; sin que tenga por qué subvencionarse con dicho dineros la pensión de otros afiliados. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

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

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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 el traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible*

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

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado