

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 MARGARITA GUEVARA ÁLVAREZ CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos 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

*Margarita Guevara Álvarez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición, a partir del 23 de mayo de 2001, por 14*

*mesadas pensionales al año, en aplicación de la sentencia SU 769 del 16 de octubre de 2014; junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso. Subsidiariamente peticionó que la pensión de vejez sea reconocida al amparo de la Ley 100 de 1993, en consonancia con la Ley 1112 de 2006 y el Acuerdo Administrativo del 28 de enero de 2008; o, en su defecto, al amparo de la Ley 71 de 1988.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de mayo de 1946, por lo que cumplió los 55 años de edad los mismo día y mes de 2001; laboró en diferentes entidades públicas y privadas; mediante Resolución No. 021079 del 9 de septiembre de 2002 el ISS le negó la pensión de vejez, decisión confirmada a través de Acto Administrativo No. 010738 del 13 de junio de 2003; al momento de solicitar por primera vez la pensión de vejez acreditaba 1.209 semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social del sector público; es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a que su pensión sea otorgada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; laboró en España desde el 12 de mayo del 2000 hasta el 5 de julio de 2017 un total de 2.557 días; el 15 de marzo de 2018 le fue expedida por parte de Colpensiones historia laboral en la que sólo se registran 35,71 semanas; ese mismo día solicitó la corrección de dicha información, ante lo cual la entidad accionada indicó que se encuentra en proceso de verificación; el 16 de julio de 2018 insistió ante Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, obteniendo respuestas negativas mediante Resoluciones SUB 216066 del 5 de agosto de 2018 y SUB 282929 del 29 de octubre de 2018.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 76 a 83). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto que la actora acredite los requisitos para acceder a la prestación reclamada. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó buena fe, prescripción, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de intereses moratorios e indexación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, improcedencia de aplicación de la sentencia SU769 del 16 de octubre de 2014, y la innominada o genérica.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 163) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la demandante.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han establecido la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Agregó que es beneficiaria del régimen de transición y que acredita más de 1000 semanas cotizadas hasta diciembre de 2014, contabilizando para el efecto los tiempos con empleadores privados, los servidos a la Gobernación del Meta y los laborados en España; teniendo derecho al disfrute de la pensión a partir de julio de 2017, razón por la cual no se configura el fenómeno prescriptivo. Por último, indicó que el pago de la indemnización sustitutiva no excluye el reconocimiento pensional.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte accionante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*A su turno, Colpensiones argumentó que la demandante no acredita los condicionamientos para acceder a la prestación pensional que reclama.*

## CONSIDERACIONES

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

#### *RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ*

*Comoquiera que la demandante solicita que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, entonces, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple la demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, pues nació el 23 de mayo de 1946, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 13). Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1968. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 55 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 23 de mayo de 2001.*

*Ahora, la norma en cita exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que la accionante tan sólo acredita 113,29 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (23 de mayo de 1981 a 23 de mayo de 2001) y 516 en toda su vida laboral, conforme se establece en su historia laboral (expediente administrativo, CD fl. 102); cotizaciones que resultan insuficientes para acceder al derecho pensional pretendido. Empero, ha de recordarse que precisamente uno de los planteamientos de la demanda, y que a su vez sustenta el recurso de apelación, se centra en la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados a efecto de acceder a la pensión de vejez aquí reclamada.*



*En este sentido, debe recordarse que, de manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) al que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas aun cuando no fueron cotizados. Circunstancia que permite concluir que le asiste derecho a la demandante a la acumulación de los tiempos cotizados al ISS, hoy Colpensiones, con los tiempos laborados a entidades públicas, con miras a verificar si acredita o no los condicionamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, para acceder a la pensión de vejez; resultando acertada la decisión del a quo en este punto.*

*Precisado lo anterior, observa la Sala que fueron aportados los certificados de información laboral expedidos por la Gobernación del Meta, en los que se constata que la accionante prestó sus servicios para esa entidad desde el 10 de enero de 1964 al 30 de marzo de 1967, para un total de 165,86 semanas, que sumadas a las aportadas al ISS, hoy Colpensiones, arroja un total de 681,86; que igualmente resultan insuficientes para acceder a la pensión de vejez pretendida.*

*En lo que refiere al tiempo de servicios de la demandante en el Reino de España, cumple recordar que, de acuerdo con la Ley 1112 de 2006, por medio de la cual se aprobó el Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España, para el reconocimiento de tiempos laborados y cotizados en los países vinculantes, se debe cumplir con un trámite administrativo que en el caso de Colombia, consiste en que “Una vez el peticionario presente la solicitud, Colpensiones deberá diligenciar y firmar debidamente el formulario respectivo (CO/ES-01, CO/ES-02 y CO/ES13), el cual se remitirá en original al Ministerio de Trabajo, requiriendo que se solicite al Gobierno Español el formulario pertinente (ES/CO-01, ES/CO-02 y ES/CO-13). El Ministerio del Trabajo, remitirá a la institución competente en España la documentación y solicitud recibida. Una vez Colpensiones reciba de este Ministerio el formulario remitido por España, procederá a resolver de fondo la solicitud pensional conforme lo establece el convenio, expidiendo el respectivo acto administrativo, que deberá notificar*

*directamente al peticionario". (Circular 8 de 30 de abril de 2014 de Colpensiones, citando el Acuerdo Administrativo del 28 de enero de 2008).*

*En el sub examine, observa la Sala, al analizar las pruebas obrantes en el plenario, que si bien la demandante reclamó el derecho prestacional solicitando para el efecto tener en cuenta el tiempo laborado en el Reino de España entre el 12 de mayo del año 2000 y el 6 de abril de 2017, allegando un "informe de vida laboral" expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social de España; lo cierto es que no se encuentra acreditado el trámite interadministrativo previsto en el acuerdo Colombia - España de 28 de enero de 2008, por lo que no resulta procedente la convalidación de las semanas aportadas por la actora en el Reino de España. Sobre este punto se pronunció la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2666-2021, en los siguientes términos:*

*"Asimismo, los formularios que deben tramitarse por parte de las entidades competentes y gestionarse con la mediación de los organismos de enlace, son los denominados CO/ES 01 y CO/ES 02, y **sin los cuales no es posible realizar la convalidación de periodos.**" (Destaca la Sala)*

*Corolario de lo anterior, al no estar acreditado el cumplimiento del requisito mínimo de semanas cotizadas por parte de la demandante, no queda otra alternativa que confirmar la decisión absolutoria del a quo.*

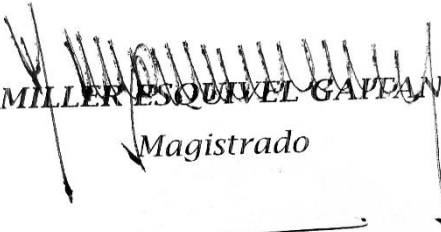
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

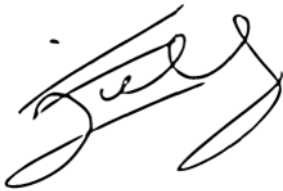
**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada, por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, 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*

*Blanca Cecilia Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare que se trasladó válidamente del RAIS al RPMPD, el 11 de enero de 2007, cuando todavía estaba habilitada legalmente para ese retorno, y como consecuencia, se ordene a la AFP, trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, que se efectuaron desde esa fecha hasta la actualidad, más las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones adujo que nació el 13 de marzo de 1961; que se afilió al entonces ISS hoy Colpensiones, el 18 de mayo de 1981, pero se cambió al RAIS en noviembre de 1999, por medio de Colfondos S.A, en donde realizó aportes hasta el enero de 2007; que el 11 de enero de 2007, radicó ante el ISS, el formulario de traslado o regreso al RPMPD, cuando todavía no estaba cobijada en la prohibición del literal e del art. 13 de la ley 100 de 1993; que pese a ello, las entidades no le dieron trámite, por lo que, de un momento a otro, y a pesar de que su empleador continuó haciendo cotizaciones con destino al ISS, fue devuelta a Colfondos S.A., sin notificación de esa decisión; que al enterarse de esa situación irregular, el 29 de octubre de 2019, solicitó a la AFP una aclaración al respecto, quien le informó que se traslado había sido anulado por errores en el nombre; que en esa misma fecha solicitó a Colpensiones validar el traslado efectuado en enero de 2007, ante lo cual la entidad se negó.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A., se allanó a las pretensiones, para lo cual adujo que la demandante suscribió formulario de vinculación a esa entidad de manera libre voluntaria e informada, con el consentimiento informado, el 19 de noviembre de 1999, con fecha de inicio de efectividad, el 1° de enero de 2000, por ende, dicho traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, exento de vicios del consentimiento; no obstante, como la actora volvió a solicitar el regreso al RPMPD, no tuvo conocimiento de ese trámite, pues Colpensiones jamás le informó, ni efectuó los trámites correspondientes. No propuso como excepciones de mérito.*

*Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, no puede aceptar el regreso al RPMPD, a partir de enero de 2007, porque el documento aportado como base del supuesto traslado en tiempo, no era legible y, por ende, no podía dársele ningún valor jurídico. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica o innominada.*

#### 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. Así, declaró la validez del traslado de régimen de la demandante, llevado a cabo, el 11 de enero de 2007, y, por tanto, dejó sin efectos, la afiliación al RAIS de esa fecha en adelante; condenó a la AFP Colfondos S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones, incluyendo todos sus réditos y valores de cotización que se hayan recibido en ese fondo de pensiones; ordenó a Colpensiones a que recepcionara los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, la actualización de la historia laboral; finalmente condenó en costas a Colpensiones.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la apoderada de Colpensiones la impugnó. Adujo que la declaratoria de la ineficacia del RAIS al RPM no es válida al no haberse cumplido con los requisitos previstos para tal fin; esto es, el literal e del artículo 2 de la ley 797 de 2003 y los requisitos contemplados por la sentencia SU 062 de 2010, para que el retorno al RPM fuera viable. Añadió, que la conducta desplegada por Colpensiones ha sido de buena fe y ajustadas a derecho, por ende, no había razón para la condena en costas.*

#### *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 la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados.*

#### *TRASLADO DE RÉGIMEN*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que, contrario a lo señalado por la demandada Colpensiones, el asunto debatido no tiene relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional por falta de información a cargo de la administradora del RAIS, sino, el incumplimiento por parte del entonces ISS hoy Colpensiones, en haber tramitado la solicitud de traslado que la demandante radicó en esa entidad en enero de 2007, con el fin de regresar*

*al RPMPD, dado que, la actora se encontraba para ese momento, afiliada a Colfondos S.A.*

*Precisado lo anterior, debe recordarse que, el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2° de la L. 797 de 2003, prevé el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. De esa manera, como lo tiene explicado la jurisprudencia constitucional “(...) este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en su primer momento el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley. En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el ámbito irreductible de protección -núcleo esencial- del derecho a elegir libremente se vulnera, cuando se impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o administradora de fondo de pensiones (C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 625 de 1998, reiterada en la sentencia C- 1024 de 2004).*

*No obstante, ese derecho a la libre elección entre regímenes pensionales, no es absoluto, pues, atendiendo a las características de cada uno de ellos, se deben respetar unas reglas mínimas, en cuanto, si bien, el esfuerzo del trabajador y el aporte conjunto con el empleador se ven reflejados en semanas de cotización, ello se materializa en recursos que deben ser administrados con rigurosidad y responsabilidad, a efectos de que en cada uno de esos subsistemas, cumplan el objetivo de financiar las prestaciones económicas correspondientes.*

*En ese sentido, la norma citada introdujo dos condicionamientos para el ejercicio adecuado de ese derecho, como son, un tiempo mínimo de permanencia o carencia y la edad; en tal orden, una persona no puede trasladarse entre un régimen y el otro si no ha transcurrido cierto tiempo, lo cual ha oscilado entre los tres (3) y los cinco (5) años, esto último que es lo que se exige actualmente, y finalmente, puede el interesado ejercer tales cambios, siempre y cuando no le falten menos de diez (10) años para cumplir la edad que se exige en el RPMPD.*

*Cabe agregar, que la jurisprudencia constitucional se pronunció sobre esas limitaciones y las consideró ajustadas al ordenamiento superior, pues “(...) trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la*

*realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados (...) Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales (...)* (CC sentencia C-1024 de 2004).

*Ahora, si un(a) trabajador(a), hace uso de dichas herramientas y solicita el traslado de régimen pensional, es obligación de las administradoras de ambos regímenes darle el trámite correspondiente, acorde con lo presupuestado por los artículos 11 y siguientes del D. 692 de 1994, vigente, en este caso, para la fecha en que la demandante alegó esa gestión, es decir, todo lo relacionado con el contenido del formulario de afiliación y el inicio de la comunicación entre las dos administradoras de pensiones, a efectos de verificar el cumplimiento del término mínimo de carencia, la edad en la fecha de la solicitud, y lo relacionado con los recursos producto de las cotizaciones, entre otros aspectos atinentes a la consolidación de la historia laboral del afiliado.*

*En el expediente, obra el formulario de afiliación o traslado que presentó la demandante como base de la argumentación y las súplicas, que da cuenta que, efectivamente, el 11 de enero de 2007, la señora Blanca Cecilia Rodríguez, diligenció ese formato del entonces ISS, con todos los requisitos señalados en el art. 11 del D. 692 de 1994, y en el que claramente se lee, que solicitó el traslado de régimen pensional por encontrarse para esa data, afiliada a la AFP Colfondos; no obstante, el organismo estatal no le dio trámite alguno, lo que condujo a que el empleador de la actora, Hospital La Victoria, acorde con lo certificado en la historia laboral aportado por la promotora del litigio y en el mismo expediente administrativo aportado por Colpensiones, cumpliera la obligación de efectuar las cotizaciones a esa entidad, con la creencia de que la solicitud de traslado de la trabajadora cumplió su objetivo.*



*Cabe precisar, que Colpensiones no tachó de falso el documento contentivo de la solicitud de traslado, sólo se opuso en cuanto a la supuesta falta de legibilidad, pero ya se indicó, que, tal pieza da cuenta de los elementos mínimos necesarios para otorgarle validez, no solo por los datos pertinentes exigidos por la ley con el propósito de servir a la vinculación a cualquier de los dos regímenes, sino, porque allí se alcanza a identificar la fecha en que fue radicado en las instalaciones del antiguo ISS, hoy Colpensiones, que, se itera, ocurrió el 11 de enero de 2007.*

*Adicionalmente, recuérdese la obligación que tienen las administradoras de pensiones, de preservar, conservar y respetar la información relacionada con los expedientes administrativos que dan cuenta de la historia laboral de los afiliados, en donde se incluyen elementos como el que aquí se analiza, esto es, una solicitud de traslado, que resulta trascendental a la hora de verificar en donde se encuentra válidamente afiliado el trabajador. Así, en sentencia T-101-2020, la Corte Constitucional, destacó:*

*“(...)Además de la responsabilidad de manejo de información que surge para las administradoras de fondos de pensiones, está aquella dirigida a la custodia, conservación y guarda de la información necesaria para, en el momento requerido, determinar si su afiliado cumple o no con los requisitos para acceder a una pensión, incluyendo los documentos físicos o magnéticos que soportan dicha información, de tal manera que la garantía del derecho pensional de una persona no puede verse comprometida por la presencia de inconsistencias en su historia laboral, atribuibles a problemas operativos o administrativos en el manejo de esos documentos.*

*3.5. Más allá de la simple guarda o custodia de los documentos que soportan la historia laboral de sus afiliados, las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de organizar y sistematizar esos datos, por lo que esta Corporación ha concluido que “no es posible trasladarle a los afiliados las consecuencias negativas a los defectos que puedan derivarse de la infracción de ese deber. En ese sentido, los efectos de los errores operacionales en la administración de las historias laborales deben ser, por el contrario, asumidos por la entidad administradora, que cuenta con los medios y la infraestructura para gestionar los datos de las cotizaciones y sus soportes, para evitar su pérdida o deterioro e impedir que el afiliado sufra los efectos negativos que puedan derivarse de cualquiera de esas circunstancias”.*

*Al punto, para enero de 2007, la activa tenía 45 años, esto es, que le faltaban más de diez (10) años para llegar a la edad mínima exigida en el RPMPD, dado que nació el 13 de marzo de 1961, tal como lo acredita la copia de la cédula de ciudadanía aportada, el mismo formulario de traslado, la historia laboral, y la aceptación de ese hecho por parte del extremo pasivo, y por otra parte, también cumplía el término mínimo de carencia o permanencia con afiliación al RAIS, pues, como la demandante se trasladó inicialmente a ese régimen, el 19 de noviembre de 1999, efectivo, a partir del 1° de enero de 2000, para la fecha de la*

*petición al ISS, llevaba más de cinco (5) años de afiliación al RAIS, con las respectivas cotizaciones, tal como lo acredita el resumen de historia laboral aportado por Colfondos S.A. (CD folio 85) para la audiencia del art. 77 del CPT y la SS.*

*En consecuencia, para la data de la solicitud de radicación de traslado ante el entonces ISS por parte de la señora Blanca Cecilia Rodríguez, cumplía con los supuestos mínimos exigidos para retornar al RPMPD, sin que la entidad hubiera actuado con el trámite pertinente, pues no acreditó gestión alguna, menos, que hubiera informado a la AFP Colfondos de esa solicitud; lo que implica que, como lo arguyó el juez de primera instancia, tenga validez el traslado de esa época, con las consecuencias que le son propias, esto es, lo dispuesto en el literal b) del art. 15 del D. 692 de 1994, según el cual "(...) si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso."*

*Como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, se debe añadir, que el derecho a que se declare una situación relacionada con la pensión, la cual está en construcción, es imprescriptible, tal como lo tiene suficientemente explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que, todas aquellas reclamaciones tendientes a consolidar el estatus pensional o que lo afecten y, por ende, se corrijan, no opera el término general trienal, dado el carácter declarativo de este tipo de pretensiones, que se expresa con la reactivación de la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.*

## **COSTAS**

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

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.*

*Como quiera que en esta instancia se estudió el problema jurídico igualmente mediante el grado jurisdiccional de consulta, que habilita el análisis en forma panorámica, no se impondrán costas.*

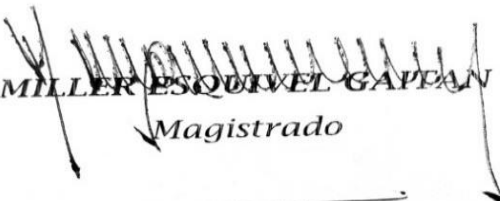
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

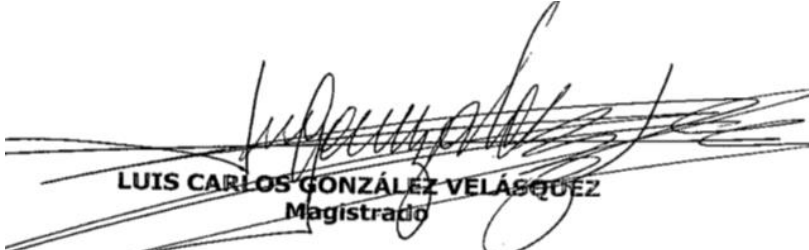
#### **R E S U E L V E**

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

*Segundo.- 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 RITO ALBERTO TORRES MOYA CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA  
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS SA  
PENSIONES Y CENSANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo  
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar  
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara  
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de  
Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada María Claudia Tobito Montero quien se  
identifica con C.C. No 1.020.786.735 y la T.P. No. 300.432 del CS de la J, como  
apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones -  
Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Rito Alberto Torres Moya, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos con los rendimientos generados; debiendo esta última entidad aceptar dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de junio de 1958; el 24 de noviembre de 1982 se afilió al ISS; el 12 de abril de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir SA; cuenta con más de 1300 semanas cotizadas; los asesores de la época no le informaron sobre las características de uno y otro régimen pensional; el 25 de octubre de 1994 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir; el 20 de marzo de 1998 se afilió a la AFP Davivir, hoy Protección SA; el 15 de abril de 2002 se trasladó a Colfondos SA; el 22 de diciembre de 2008 retornó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el 2 de abril de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1*

*del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, su traslado de régimen y entre administradoras del RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de traslado del actor al RAIS y de su afiliación a la AFP Davivir, así como su traslado a Colfondos; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación a Davivir, hoy Protección; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica.*

*En similar sentido, Porvenir SA contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en la demanda (archivo 1 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.*

*Finalmente, Colfondos SA se opuso a los pedimentos de la demanda (archivo 2 del expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 12 de octubre de 1994, por intermedio de Porvenir SA; así como el realizado el 25 de octubre de 1994 con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; el del 20 de marzo de 1998 a la AFP Davivir, hoy Protección SA; el del 15 de abril de 2002 con destino a Colfondos SA; y el posterior retorno a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, con fecha 22 de octubre de 2008. Condenó a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus respectivos rendimientos, incluidos los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir al actor en el RPMPD sin solución de continuidad desde su inicial afiliación al ISS. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones manifestó que era la voluntad del actor pertenecer al RAIS, tal como se desprende de la suscripción del formulario de afiliación y de su tiempo de permanencia en ese régimen; y, en todo caso, los presuntos vicios generados en la firma del contrato ya se encuentran saneados. Indicó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Dijo que, al momento del traslado de régimen, el único requisito que se exigía a la AFP era la firma del formulario.*

*Porvenir SA argumentó que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, dado que el actor no acreditó vicios en el consentimiento. Añadió la AFP que cumplió con todos los requisitos exigidos para la época, como lo son brindar asesoría verbal y firmar el formulario de afiliación, lo cual está probado; aunado a que el accionante efectuó varios traslados horizontales entre administradoras del RAIS, con lo cual ratificó su voluntad de permanencia.*

*Protección SA indicó que no es posible devolver las comisiones, ya que las mismas fueron descontadas por previsión legal como contraprestación a la*



*administración realizada; y en caso de devolverse estos dineros, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, lo contrario generaría enriquecimiento sin causa en favor del demandante.*

*Por último, Colfondos SA afirmó que, debido a su buena gestión, se generaron altos rendimientos, lo que impide la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, además, las primas de seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora, de igual manera, unos dineros fueron enviados al fondo de solidaridad pensional. Añadió que ordenar la indexación de las sumas implica una condena por daños y perjuicios, lo cual no fue debatido y menos probado en el proceso.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, dado que las AFP accionadas no cumplieron con su deber de información.*

#### CONSIDERACIONES

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

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el*

*artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 9 de junio de 1958, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 12 de octubre de 1994, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, como en forma reiterada lo ha dicho esta sala, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.*

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

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

*Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “los asesores de la época no le informaron sobre las características de uno y otro régimen pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la*

*parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la*

*asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 12 de octubre de 1994. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS y que en el año 1994 fue visitado en su sitio de trabajo por unos vendedores de Porvenir, quienes, en una reunión general, le informaron que el ISS se iba a acabar, por lo que debía pasarse a un fondo privado. El asesor de la época le indicó que en el fondo privado tendría mayor rentabilidad y una mejor pensión, y que podría retirar la plata del fondo.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por lo demás precario, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones del actor sobre la información brindada consistente en que “obtendría mayores*

*rendimientos y una mejor pensión”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA y por Colpensiones en sus respectivas apelaciones, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni el traslado horizontal entre administradoras, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 12 de octubre de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

*Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

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

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

*Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones,*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por las AFP Protección SA y Colfondos SA en sus respectivas apelaciones, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que se generaron altos rendimientos, o que dichos valores fueron deducidos por disposición legal. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y*

---

<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.

*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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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



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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

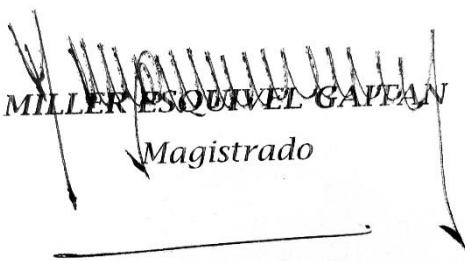
#### **R E S U E L V E**

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

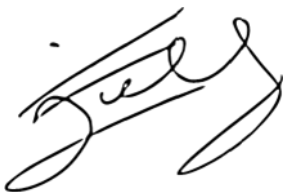
**Segundo.-** *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

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

*Notifíquese 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 JOSÉ DE JESÚS PALENCIA CONTRA GILBERTO ROCHA MORENO

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

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

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1° de octubre de 2020, por el Juzgado Veinte 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 de Jesús Palencia, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Gilberto Rocha Moreno, para que se declare la existencia de dos contratos de trabajo, el primero de ellos vigente del 1° de marzo al 30 de mayo de 2015, y el segundo, del 5 de junio al 5 de noviembre de 2016. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio,*

*sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, indemnización por no suministro de dotaciones, subsidio de transporte, aportes a seguridad social en pensión; así como lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: sostuvo dos vínculos laborales con el demandado, el primero de ellos del 1° de marzo al “30 de abril” de 2015, y el segundo del 5 de junio al “4 de noviembre” de 2016, en virtud de los cuales desempeñó el cargo de ayudante de construcción, con una asignación diaria de \$30.000,00; en vigencia de los dos vínculos laborales prestó sus servicios de lunes a sábado, no recibió dotaciones, no se le canceló suma alguna por concepto de prestaciones sociales, jamás fue afiliado al sistema integral de seguridad social, tampoco se le canceló el subsidio de transporte, ni la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, el demandando dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital). Aceptó el impago de los derechos sociales reclamados por el actor, aduciendo que no hay lugar a los mismos en tanto no existió contrato de trabajo. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, 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 (archivo 1 del expediente digital) en la que absolvió al demandado de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante interpone recurso de apelación argumentando que el testigo Adán, quien fue su compañero de trabajo, sí dio cuenta de la existencia del segundo vínculo laboral que unió a las partes y señaló que fue “casi a finales de noviembre de 2016”. Dijo que no es necesario establecer con total certeza los extremos temporales para que se declare la existencia de ese segundo contrato de trabajo y que fue el mismo demandado quien reconoció deber 20 días de salario.*

### CONSIDERACIONES

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

#### CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS

*El primer problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 5 de junio al 5 de noviembre de 2016; dado que no mereció reparo alguno la absolución impartida frente al primero de los vínculos laborales cuya declaratoria se petitionó en la demanda.*

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

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

*Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que “Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio*

*generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).*

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

*Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Bien, fue aportada la respuesta dada por Gilberto Rocha Moreno el 29 de agosto de 2018 a un derecho de petición presentado por el actor, en la que se lee:*

- "1. No es cierto que haya trabajado ese tiempo.*
- 2. No le debo ninguna liquidación.*
- 3. Le debo 20 días trabajados en una finca en el municipio del colegio Cundinamarca.*
- 4. No le he podido pagar por situaciones económicas presentadas, que me han imposibilitado.*
- 5. Le puedo pagar después de enero de 2019, en ese momento me comuniqué y acordamos la forma de pago."*

*También obra en el plenario una certificación expedida por la empresa Construcciones Gilmar Ltda. el 5 de diciembre de 2016, en la que se hace constar que el accionante "se desempeñó como ayudante de obra en CONSTRUCCIONES GILMAR LTDA. desde el 1 de marzo de 2015 hasta el 30 de abril del año 2015".*

*Gilberto Rocha Moreno, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que le adeuda 20 días de salario al actor por un trabajo que realizó en la finca en el año 2016, aunque no recuerda con exactitud las fechas. Dijo que la labor consistía en realizar "cosas varias en la finca", y que inicialmente el trabajo era por 5 días,*

*pero se demoró más tiempo. Indicó que ese es el único vínculo que ha sostenido con el accionante.*

*Por su parte, José de Jesús Palencia, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que estuvo vinculado con el demandado mediante dos contratos de trabajo, el primero vigente en marzo de 2015, y el segundo, del 5 de junio al 5 de noviembre de 2016. Indicó que, en este último vínculo, prestó sus servicios personales en Bogotá y en varias obras en Mesitas del Colegio, aunque manifestó no recordar las obras realizadas en Bogotá y que la labor desempeñada en Mesitas del Colegio consistió en una piscina.*

*Se recibió el testimonio de José Manuel Arias Vargas, quien ha laborado para el demandado en varias ocasiones, manifestó que no le consta ningún vínculo laboral sostenido entre las partes. Agregó que durante dos meses del año 2016 laboró para Gilberto Rocha en una obra independiente ubicada antes de llegar a Mesitas del Colegio, pero allí no trabajó el accionante.*

*También rindió testimonio Adán Mojica Aparicio, amigo y excompañero de trabajo del demandante, quien, en un primer momento, aseguró no recordar los sitios o las obras en las cuales laboró en el año 2016, limitándose a indicar que fue con varias empresas; empero, al preguntársele por el actor, indicó que fueron compañeros de trabajo en una obra en Mesitas del Colegio, desde mediados hasta finales de 2016, y la obra consistía en la construcción de una casa de dos pisos, de 12 x 15 mts, que debían entregar con acabados. Agregó que su jefe en esa obra era Gilberto Rocha.*

*El testigo José Luis Portes Córdoba, quien ha trabajado para el demandado, indicó no conocer al actor, ni recordar las fechas en las cuales prestó sus servicios para el aquí accionado.*

*Analizados en su conjunto los medios de convicción reseñados en precedencia, concluye la Sala que el actor no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor de Gilberto Rocha Moreno por el periodo reclamado, esto es, desde el 5 de junio hasta el 5 de noviembre de 2016, lo que de suyo impide que surja la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo peticionado. En efecto, si bien el accionado reconoció que adeuda al promotor de la litis 20 días*

*de salario por un trabajo realizado en la finca en el año 2016, lo cierto es que de su dicho no es posible extraer con total certeza que esos 20 días correspondan al periodo antes señalado.*

*Aunado a lo anterior, el testigo Adán Mojica Aparicio se caracterizó por su falta de coherencia y claridad, evidenciándose parcialidad o interés indebido en su relato; toda vez que inicialmente refirió no recordar los sitios o las obras en las cuales laboró en el año 2016 y, posteriormente, indicó con total exactitud las fechas y la obra en la cual prestó sus servicios personales con el accionante, señalando que correspondió a la construcción de una casa de dos pisos, de 12 x 15 mts. en Mesitas del Colegio, que debían entregar con acabados. Siendo preciso destacar que esta obra es diferente a la indicada por el actor en su interrogatorio de parte.*

*Adicionalmente, el testigo José Manuel Arias Vargas, quien participó en la obra adelantada en Mesitas del Colegio, dijo que José de Jesús Palencia no trabajó allí.*

*En este sentido, se hace preciso recordar que es el demandante quien tenía la carga de probar la prestación personal del servicio en favor del actor por el periodo reclamado, 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. Imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado.*

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

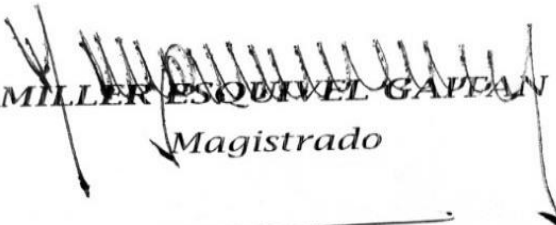


*R E S U E L V E*

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

**Segundo.-** 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 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO ISAAC RINCÓN RUEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*

*En Bogotá D. C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior, para surtir la presente audiencia el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.*

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

*DEMANDA*

*Alberto Isaac Rincón Rueda, por medio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de su pensión de vejez de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, retroactivo de mesadas causadas, intereses moratorios*

*del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas y lo probado ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados, que en síntesis indican que: laboró con empresas del sector privado cotizando al ISS hoy Colpensiones un total de 1.867,14 semanas y en forma alterna laboró y cotizó al magisterio oficial, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio, mediante resolución 5177 del 2 de octubre de 2013, le reconoció pensión de jubilación por los aportes efectuados a esa entidad como docente oficial, sin tener en cuenta los aportes realizados al sector privado; que el 21 de febrero de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la entidad demandada, quien, mediante resolución SUB 124423 del 18 de mayo de esa anualidad le negó el derecho, decisión que, al resolver el recurso de apelación, fue confirmada por la resolución DPE 6440 del 23 de julio de 2019.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la entidad demandada, dentro del término legal, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos los aceptó, pero argumentó que no era viable el reconocimiento de la prestación pensional, debido a su abierta incompatibilidad con la pensión de jubilación del magisterio que actualmente percibe. Propuso las excepciones de: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.*

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

*El asunto le correspondió inicialmente al Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, pero por cuenta de las medidas de descongestión fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo CSJBTA20-109, el expediente fue enviado al Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de la misma ciudad, quien agotó la etapa probatoria conforme a lo pedido por las partes, para luego poner fin a la primera instancia mediante la sentencia*

*referida al inicio de este fallo, en la que condenó a la demandada a reconocer la pensión de vejez, a partir del 1° de junio de 2019, por 13 mesadas y, con base en los parámetros de liquidación del art. 21 de la L. 100 de 1993, con indexación del retroactivo generado, autorizando a Colpensiones a descontar los aportes a salud. Por último, condenó en costas a la demandada.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo las partes interpusieron el recurso de apelación: La parte actora sostuvo que no está de acuerdo con la exoneración de la condena por intereses moratorios del art. 141 de la L. 100 de 1993, pues por tratarse de una pensión íntegramente regida por dicha normatividad, esos emolumentos son aplicables, máxime que la compatibilidad de las dos prestaciones ha sido un tema pacífico de la jurisprudencia laboral, que la demandada ha desconocido adrede.*

*Por su parte, Colpensiones insistió en que la pensión de vejez solicitada es incompatible con la de jubilación reconocida por el magisterio, adicional al hecho que, recibir esas dos prestaciones implicaría el desconocimiento del principio constitucional según el cual, nadie puede percibir dos asignaciones del tesoro. Añadió, que, en todo caso, la demandante no cumplió con la densidad de cotizaciones exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez, y que, de prosperar esa condena, no se debe condenar a intereses moratorios.*

#### CONSIDERACIONES

*Procede la sala al estudio del recurso de apelación interpuesto por las partes atendiendo el principio de consonancia (art. 66A del CPT y SS) y en favor de Colpensiones, por cuenta del grado jurisdiccional de consulta. Así, el problema jurídico a resolver consiste en establecer, si la pensión reconocida como docente del sector público es compatible con el reconocimiento de una pensión de vejez, con aportes efectuados al sector privado, y si ello es viable, verificar si también es posible el reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100 de 1993.*

*COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CON LA DE JUBILACIÓN QUE RECONOCIÓ EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*

*Con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 -Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006-, en especial su artículo 81, el régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado y pasó a ser parte del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, para aquellos docentes que se vincularon al sector público con posterioridad al cambio legislativo, según lo dispuso el Parágrafo Transitorio 1º, adicionado por el art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.*

*No obstante, los docentes nacionales y nacionalizados que se vincularon al sector público con antelación al momento en que entró a regir la Ley 812 de 2003, siguen sujetos al régimen pensional exceptuado de que trata la Ley 91 de 1989, en virtud del cual pueden optar, previo cumplimiento de requisitos, por una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Estos últimos, que además ejercieron la docencia en el sector privado y efectuaron aportes al ISS con antelación y/o luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y/o lo hicieron a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del momento en que empezó a regir el Sistema General de Pensiones, tienen derecho a derivar también de este régimen legal la pensión de vejez, puesto que, en la hipótesis que se está desarrollando, el régimen pensional del Magisterio es un paradigma jurídico totalmente ajeno e independiente al que se acaba de hacer referencia, razón por la cual sus prestaciones, al tener una fuente autónoma, son compatibles con las que se tienen previstas en la Ley 100 de 1993. Así lo establece el inciso 2º del artículo 279 ibídem, que al tenor ilustra lo siguiente:*

*“Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”*

*Recientemente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sintetizado el tema al indicar que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones*

Exp. No. 024 2019 00613 01

*Sociales del Magisterio pueden, de manera simultánea, prestar sus servicios a instituciones privadas y con ello, financiar la pensión de vejez a cargo del ISS.*

*En sentencia CSJ SL1127-2022, indicó:*

*Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.*

*De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:*

*El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.*

*De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.*

*Dicho lo anterior, también se descarta el argumento de la incompatibilidad de ambas prestaciones supuestamente por tratarse de una doble asignación a cargo del erario, ya que, como también lo tiene suficientemente explicado la jurisprudencia laboral, los dineros que conforman las cotizaciones al ISS o al RAIS, no provienen de la Nación sino del esfuerzo de los empleadores y el trabajador.*

**PENSIÓN DE VEJEZ**

*Insiste el demandante en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho, con fundamento en que satisface a cabalidad los presupuestos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que estableció una edad de 62 años y una densidad de más de 1300 semanas.*

*Para resolver, la Sala encuentra, que no existe controversia que el señor Alberto Isaac Rincón Rueda cumplió 62 años, el 4 de febrero de 2019, es decir, cuando ya se había introducido la modificación dada al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a través del artículo 9° de la ley 797 de 2003, por ende, para acceder al reconocimiento pretendido, es necesario que el interesado acredite el cumplimiento de los dos requisitos exigidos. La norma establece que, para obtener la pensión de vejez se debe acreditar: “1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre y 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”*

*Como el demandante acredita el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, corresponde determinar si logró reunir las 1300 semanas que prevé la norma para acceder a la pensión de vejez en el 2019. De la historia laboral aportada al proceso, se desprende que el señor Alberto Isaac Rincón Rueda cotizó tanto al entonces ISS como a la actual Colpensiones, un total de 1.867,14 semanas, por cuenta de la prestación de servicios a empleadores privados, de forma interrumpida, entre el 5 de diciembre de 1973 y el 31 de mayo de 2019. Es decir, que logró acreditar el mínimo de semanas que exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con su modificación, para pensionarse, a partir del 1° de junio de 2019, día siguiente a la fecha de su última cotización (art. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 en consonancia con el artículo 31 de la ley 100 de 1993) en 13 mesadas al año, y teniendo en cuenta lo previsto para obtener el IBL, lo previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, y su monto conforme lo señala el artículo artículo 10 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993, razones suficientes para confirmar en este punto la sentencia de primera instancia.*

## PRESCRIPCIÓN

*En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por la demandada, cabe señalar que el derecho se hizo exigible el 4 de febrero de 2019, fecha en la que el demandante cumplió los 62 años de edad, data en la que además, como se explicó en líneas anteriores, acumuló el número mínimo de semanas exigidas por la ley; la reclamación administrativa se presentó el 21 de febrero de 2019; la demanda fue radicada el 13 de septiembre de ese mismo año, admitida el 4 de febrero de 2020, notificada a la pasiva el 10 de julio de 2020, luego no se configura dicho fenómeno con respecto a ninguna mesada causada.*

## INTERESES MORATORIOS

*El demandante reclamó el reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100 de 1993, los cuales, el juzgador de primer grado los negó, al considerar que, como la tesis de la compatibilidad de las dos prestaciones pensionales surgió de un criterio jurisprudencial, no era viable la imposición de estos emolumentos.*

*Frente a ello, conviene indicar que la jurisprudencia laboral ha enseñado que estos intereses tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por lo tanto, no dependen de la buena o mala fe del deudor, además, proceden ante el retardo en el pago de las mesadas pensionales, la cual se da cuando la administradora, una vez el interesado radica la solicitud con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho, ésta no resuelve dentro del término previsto para ello, concretamente, para la pensión de vejez, cuatro meses para ello.*

*De igual manera, la jurisprudencia de la Corte ha fijado unas pautas o excepciones a la imposición de estos intereses, teniendo en cuenta ciertas situaciones: i) en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios y, por ello, suspenda el trámite de*



*reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho; ii) cuando la negativa del derecho pensional estuvo razonablemente fundamentada en una norma o precepto, pero, finalmente, el reconocimiento resulta por la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial, (CSJ SL2691-2020, CSJ SL5569-2018, CSJ SL6326-2016, CSJ SL8552-2016, CSJ SL4948-2017, CSJ SL072-2018 y CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL4541-2021).*

*Así, para la Sala no son atendible las razones expuestas por el juzgador de primera instancia para exonerar a Colpensiones del reconocimiento de estos intereses, pues, la tesis jurisprudencial a la que se hace alusión no es novedosa en el sentido de ser la más próxima, dado que, este criterio de la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido vigente por más de una década, para lo cual basta verificar cualquier lineamiento sobre la materia, y encontrar referencias tales como la sentencia CSJ SL 19 jun 2008, rad. 28164, o CSJ SL 3 may. 2011, rad 39810, que al unísono han señalado que, el hecho de que el trabajador sea beneficiario de la pensión por la labor desarrollada en el magisterio no exonera al empleador de afiliarlo al sistema general de pensiones para el reconocimiento de la prestación por vejez.*

*Así que la entidad no puede excusarse en un supuesto desconocimiento de ese precedente, que ha sido reiterado en un gran número de casos, y persistir de manera injustificada en la negativa de reconocimiento de la pensión pretendida, máxime que se cumplen todos los requisitos para su causación y exigibilidad.*

*En ese sentido, se deberá revocar parcialmente el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, que impuso condena por indexación, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer los aludidos intereses, a partir del 22 de junio de 2019, día siguiente al vencimiento de los cuatro meses que tenía la administradora pública para acceder a lo solicitado, sobre cada una de las mesadas causadas, sin que, se insiste, haya lugar a la indexación de las condenas, “pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos” (SL5171-2021) .*

Exp. No. 024 2019 00613 01

*Finalmente, no se impondrán costas en esta instancia, dado el estudio por el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.*

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

### RESUELVE

*Primero.- Revocar parcialmente el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, que impuso condena por indexación, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer los aludidos intereses, a partir del 22 de junio de 2019, día siguiente al vencimiento de los cuatro meses que tenía la administradora pública para acceder a lo solicitado, sobre cada una de las mesadas causadas. En todo lo demás, se confirma la decisión apelada y consultada.*

*Segundo.- Sin Costas en esta instancia.*

*Notifíquese y Cúmplase.*

MILLER ESQUIVEL GATTAN  
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 JOSÉ ANTONIO BERMÚDEZ GONZÁLEZ CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo  
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar  
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara  
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de  
Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Oriana Espitia García quien se identifica con  
C.C. No 1.034.305.197 y la T.P. No. 291.494 del CS de la J, como apoderada  
sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los  
términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo 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

*José Antonio Bermúdez González, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos financieros causados; sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia, o de deterioros sufridos por el bien administrado; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 20 de noviembre de 1962; se afilió al ISS desde el 4 de marzo de 1985 hasta el 28 de febrero de 1994, fecha en que se trasladó al RAIS; el 28 de febrero de 1995 fue abordado en su sitio de trabajo por un asesor de Colpatria, hoy Porvenir SA, quien no le suministró información suficiente, mínima y necesaria que le permitiera, a través de elementos de juicio claros y objetivos, la toma de una decisión que se ajustara mejor a sus intereses; el 26 de junio de 2019 solicitó ante Colpensiones la ineficacia de su traslado de régimen pensional, sin obtener respuesta.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 8 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de aportes a Porvenir, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA no contestó en término, pese a que fue debidamente notificada, razón por la cual, mediante auto del 2 de noviembre de 2021, se le tuvo por no contestada la demanda (archivo 14 del expediente digital).*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 21 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 28 de febrero de 1995, por intermedio de Porvenir SA, así como el realizado el 14*

*de octubre de 1999 con destino a Protección SA y el posterior retorno a Porvenir SA con fecha 27 de junio de 2018. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno; concediéndole para el efecto un término de 45 días. Condenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y a tener como válida la afiliación de fecha 4 de marzo de 1985, debiendo actualizar la historia laboral del accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP demandadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones, manifestó que no se acreditaron los requisitos para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que el formulario de afiliación se firmó de manera libre y voluntaria, por lo que no es posible concluir que existieron vicios en el consentimiento. Agregó que el demandante conocía perfectamente las características del RAIS, tal como lo reconoció al absolver interrogatorio de parte; aunado a que existe desidia en su actuar, pues en ninguna oportunidad se acercó a Colpensiones para obtener información.*

*A su turno, Porvenir SA pide se revoque en su integridad la decisión de primer grado, señalando que la suscripción del formulario de afiliación por parte del actor se realizó de manera voluntaria y sin presiones; siendo el aludido formulario la única prueba con la que cuenta, dado que para la época no se exigía requisito adicional. Añadió que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la información debe ser oportuna, que para el caso concreto sería antes del cumplimiento de los 52 años de edad, lo cual se encuentra acreditado. Agregó que el accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los años de permanencia en dicho régimen, así como al realizar traslados horizontales entre administradoras. Indicó que no es procedente devolver los gastos de administración ni las primas del seguro previsional, los cuales fueron descontados por ministerio de la ley, y, debido a su buena gestión, han generado altos rendimientos; aunado a que las primas de seguro previsional han financiado la cobertura en los riesgos de invalidez y muerte, por lo que, en*

*caso de trasladarlos a Colpensiones, se generaría un enriquecimiento sin causa. Por último, solicitó que se revoque la condena en costas.*

*Finalmente, Protección SA argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, dado que dichas deducciones se hicieron por disposición legal, además, debido a su buena gestión, se generaron altos rendimientos; y en caso de devolverse esos dineros, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.*

*El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, dado que las AFP accionadas no cumplieron con su deber de información.*

#### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

*Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “el asesor de Porvenir SA no le suministró información suficiente, mínima y necesaria que le permitiera, a través de elementos de juicio claros y objetivos, la toma de una decisión que se ajustara mejor a sus intereses”, 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 Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 28 de febrero de 1995. 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.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1995 se encontraba laborando en su oficina y hasta allí llegó un asesor de Colpatria quien le dijo que el ISS se iba a terminar y la única forma de recuperar los aportes era trasladándose al fondo privado; no le informó en qué consistía la cuenta de ahorro individual ni el bono pensional. En 1999 se trasladó a Protección con la promesa de recuperar las semanas que no se reflejaban en su historia laboral, sin recibir información adicional.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que, contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación, el actor en momento alguno reconoció haber recibido información por parte de las AFP accionadas, adicional a la previamente reseñada, por lo que no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni el traslado horizontal entre administradoras, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 28 de febrero de 1995, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Colpatria, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

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

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

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

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

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

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el actor actuó con desidia al no solicitar información; 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.*

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por las AFP accionadas en sus respectivas apelaciones, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que se generaron altos rendimientos, o que dichos valores fueron deducidos por disposición legal; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar también a la AFP Protección SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional durante el tiempo que duró la afiliación del promotor del presente proceso. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda*

---

<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.

*retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

*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,*

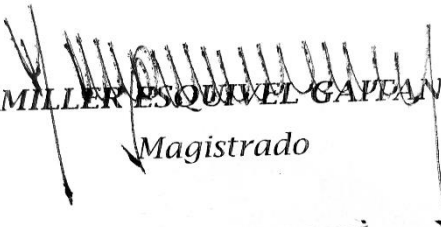
#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración, debidamente indexados, durante el tiempo de afiliación del actor. 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 las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.*

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado



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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE NORMA CONSTANZA ALVIS BEJARANO CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Diana María Vargas Jerez quien se identifica con C.C. No 1.090.449.043 y la T.P. No. 289.559 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

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

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Norma Constanza Alvis Bejarano, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus intereses, rendimientos y cuotas o comisiones de administración; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros, activar su afiliación sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 15 de enero de 1960; se afilió al ISS el 10 de septiembre de 1987; el 13 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS; el asesor de la época no le informó sobre las consecuencias de su traslado de régimen y se limitó a indicarle que el ISS se acabaría; no se le brindó información idónea, suficiente y veraz sobre las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen; el 21 de marzo y 5 de abril de 2019 solicitó a las accionadas su traslado al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta*

*negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas por ésta y las respuestas negativas obtenidas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 11 del expediente digital) en la que declaró la nulidad de la afiliación y traslado realizado por la demandante a la AFP Protección con el formulario No. 5124848 del 13 de septiembre de 1999. Ordenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, en los que se incluyan los rendimientos generados, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones activar la afiliación de la actora en el RPMPD, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones manifestó que no se probó vicio en el consentimiento, aunado a que lo aquí debatido corresponde a un punto de derecho. Agregó que la inversión de la carga de la prueba es contraria toda lógica y que la actora incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera al no informarse sobre las condiciones del sistema general de pensiones. Aseguró que Alvis Bejarano se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, con lo cual se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema.*

*Por su parte, Protección SA indicó que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos dineros no están destinados a financiar la pensión y esto generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; además, debido a su buena gestión, se generaron altos rendimientos. Aseguró que en el presente asunto debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, lo que da lugar a no tener que devolver los rendimientos generados. Indicó que no es posible trasladar las primas del seguro previsional, las cuales ya fueron giradas a la aseguradora. Finalmente, dijo que operó el fenómeno prescriptivo sobre las sumas antedichas.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*A su turno, la parte actora presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión de primer grado, en atención a que la AFP accionada no acreditó el cumplimiento de su deber de información.*

#### **CONSIDERACIONES**

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

## ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha 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 pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); 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 13 de septiembre de 199, a la AFP Protección SA (archivo 4 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos 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. De no ser así, de entrada sería una controversia que llevaría una decisión desfavorable al*

*accionante, ante la imposibilidad de éste de probar el hecho negativo, lo que sí iría contra la lógica, al desatender cualquier procedimiento racional de la prueba.*

*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 Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 13 de septiembre de 1999. 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.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que para el año 1999 estaba vinculada con el comando general de las fuerzas militares y allí la citaron a una reunión muy corta en la que un asesor de Protección les dijo que el ISS se iba a acabar, por lo que resultaba conveniente trasladarse a un fondo privado; también les aseguró que en el RAIS tendrían una pensión más alta y a menor edad; después de esto firmó el formulario de afiliación.*

*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 SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones de la actora sobre la información brindada consistente en que “tener una pensión más alta y a menor edad”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por*

*ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 13 de septiembre de 1999, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Protección SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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



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

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

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

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

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

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera, o que lo aquí debatido corresponde a un punto de derecho, 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.*

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

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

---

<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.

*descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Protección SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que se generaron altos rendimientos, o que estos dinero son están destinados a financiar la pensión; 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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone*

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

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

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

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

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

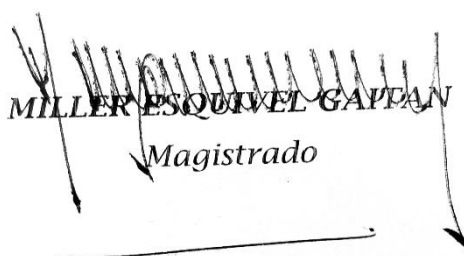
**R E S U E L V E**

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

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MARÍA DE LOS DOLORES ALDANA CESPEDES CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Javier Ramiro Castellanos quien se identifica con C.C. No 1.020.714.534 y la T.P. No. 237.954 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés 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

*María de los Dolores Aldana Céspedes, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia, o en subsidio la nulidad, de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 26 de septiembre de 1968; inicialmente se afilió al ISS; el 1° de abril de 1994 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; la AFP accionada nunca le informó sobre las condiciones, ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; el 17 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 5 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida;*

sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 6 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 10 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por ningún otro concepto; dineros que deberán devolverse debidamente indexados. Declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

#### RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado, toda vez que la afiliación de la accionante se dio de



*manera libre, voluntaria y sin presiones, lo que se evidencia con el formulario de afiliación, el cual no fue tachado y da cuenta de la información suministrada de manera verbal. Indicó que, para la época del traslado, la única exigencia para la validez del traslado era el formulario de afiliación, por lo que no es viable solicitar que aporte prueba adicional. Añadió que la actora, al absolver interrogatorio de parte, reconoció haber recibido información sobre las características propias de cada régimen pensional; aunado a que no hizo uso del derecho de retracto y ha permanecido en el RAIS durante más de 20 años, ratificando de esta manera su decisión. Aseguró que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que los mismos no hacen parte integrante de la pensión, fueron descontados por disposición legal y de buena fe, y se han generados altos rendimientos derivados de su buena administración; en caso de devolverse esas sumas se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.*

*Por su parte, Colpensiones manifestó que lo dicho por la actora al absolver interrogatorio de parte se muestra contradictorio con lo afirmado en los hechos de la demanda. Añadió que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*A su turno, Colpensiones sostuvo que en el presente asunto no resulta procedente declarar la ineficacia del traslado y, por tanto, la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS.*

#### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber*

*de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, con efectividad a partir de abril de 1997. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que aproximadamente para el año 1997 o 1998 fue visitada en su oficina de BBVA por un asesor de la AFP Horizonte y se trató de una afiliación masiva, porque su empleador y esa AFP pertenecían al mismo grupo; no recuerda bien la información suministrada, sólo que se iban a cambiar de “fondo de cesantías”. En este orden de ideas, no es posible derivar confesión alguna de lo manifestado por la actora.*

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

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de*

*dicho traslado, obligación que se debió efectuar en abril de 1997, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de*

---

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

*administración dado que estos dineros no hacen parte integrante de la pensión, fueron descontados por disposición legal y de buena fe, y se han generados altos rendimientos derivados de su buena administración; 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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

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

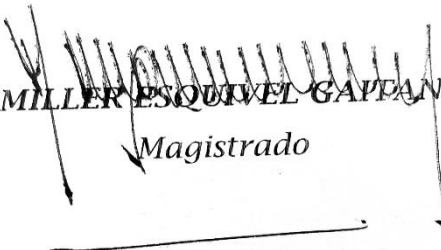
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

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

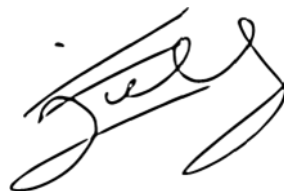


**Tercero.-** Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE LUIS ALFONSO BALLÉN CASTILLO CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y  
CESANTÍAS Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS SA

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

A U T O

*Reconocer personería al abogado David Ricardo Guillén Rodríguez quien se identifica con C.C. No 1.014.180.670 y la T.P. No. 220.267 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 17 de noviembre 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 la Administradora Colombiana de Pensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Luis Alfonso Ballén Castillo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Colfondos SA y Skandia SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar descuento alguno; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: inicialmente realizó aportes en el RPMPD; el 18 de agosto de 1998 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Pensionar, hoy Skandia SA; el 27 de mayo de 1999 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colfondos SA, quien actualmente administra sus aportes pensionales; el asesor que promovió su traslado de régimen pensional no le explicó de forma clara y comparada las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, tampoco le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen; el 1° de octubre de 2020 solicitó ante Colpensiones la activación de su afiliación en el RPMPD, obteniendo respuesta negativa.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación del actor al RPMPD, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Skandia SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 11 del expediente digital); frente a los hechos aceptó el traslado de régimen pensional del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares no siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción de la acción, buena fe, y la genérica.*

*Finalmente, Colfondos SA se opuso a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó la afiliación del actor a esa AFP, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS el 16 de agosto de 1998, por intermedio de Skandia SA; así como el posterior traslado realizado a la AFP Colfondos SA el 27 de mayo de 1999. Declaró que el accionante se encuentra afiliado a Colpensiones. Condenó a las AFP Skandia SA y Colfondos SA a devolver a Colpensiones, si los hubiese, la totalidad de los aportes pensionales del actor, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales. Condenó en costas a las entidades accionadas.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen pensional del actor es válido, ya que se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones; aunado a que no hizo uso del derecho de retracto y ha mostrado su voluntad de permanecer en el RAIS, donde ha permanecido por más de 22 años y ha efectuado traslados horizontales. Agregó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003; además, nunca se preocupó por asesorarse sobre algo tan importante como su situación pensional. Dijo que las AFP cumplieron con las obligaciones vigentes para la época en que se dio el traslado. Afirmó que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, solicitó que 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, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*Skandia SA y la parte demandante también presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.*

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

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

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para 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 el demandante cuenta con 62 años de edad, en tanto nació el 25 de febrero de 1960, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 18 de agosto de 1998, con destino a la AFP Pensionar, hoy Skandia SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.*

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Skandia SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser*

*quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla, por el contrario, al presentar sus alegatos en esta instancia, solicitó que se confirme la decisión de primer grado. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema y la condena en costas, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada no sólo la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, sino también los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y el demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se*

*devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sin que sean de recibo para la Sala las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que el accionante nunca se preocupó por asesorarse sobre algo tan importante como su situación pensional, ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración 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, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se adicionará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta*



*individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, 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 adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

#### **CONDENA EN COSTAS**

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

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

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

*“(…)*

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se confirmará la condena impartida en primera instancia frente a este punto. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente, ante la improsperidad de su recurso.*

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

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

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

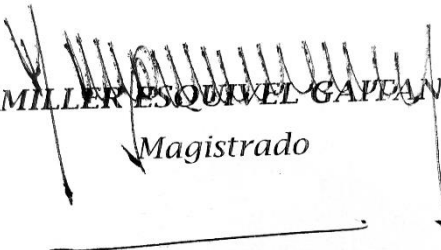
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos SA y a Skandia SA a trasladar a Colpensiones, además de los aportes recibidos con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, si los hubiese; los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

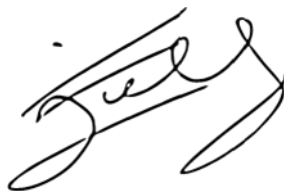
**Tercero.-** *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

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

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE FRANCISCO CRISTÓBAL VELÁSQUEZ PINZÓN CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete 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

*Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene a reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida, en*

*cuantía de \$2.483.033,00, que se obtiene al aplicar una tasa de reemplazo del 90% a su IBL actual, a partir del 4 de junio de 2016; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 4 de junio de 2019 solicitó ante Colpensiones que le fueran reconocidas 365 semanas que cotizó trabajando en el antiguo DAS durante el periodo 1953 a 1960, lo que le hubiera representado una pensión más alta a partir de la fecha en que alcanzó el estatus de pensionado (28 de marzo de 1990), al completar más de 1250 semanas que le darían derecho a una tasa de reemplazo del 90% y no del 81%, como le fue reconocida en la Resolución N0. 01105 del 28 de marzo de 1990; a través de acto administrativo del 20 de agosto de 2019 Colpensiones otorgó un pequeño reajuste pensional efectivo desde el 4 de junio de 2016, aplicando la figura de la prescripción; decisión que fue confirmada a través de resolución emitida el 30 de octubre de 2019.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital). Aceptó los hechos planteados, excepto los relacionados con la tasa de reemplazo y el IBL pretendidos por el actor. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 12 del expediente digital) en la que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; en consecuencia, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra por Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón; condenando en costas a este último.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que los aportes realizados a la entonces Cajanal fueron trasladados a Colpensiones, por tal razón, no es cierto que la entidad aquí accionada no cuente con los recursos para financiar la reliquidación petitionada.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia manifestando que, para el cálculo de la prestación reconocida al actor, sólo pueden tenerse en cuenta las semanas exclusivamente cotizadas al ISS, es decir, 1113 semanas, lo que arroja una tasa de reemplazo del 81%, sin que puedan computarse las 365 laboradas para el extinto DAS.*

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

#### **CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE**

*Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante Resolución No. 1105 del 28 de marzo de 1990 el ISS, hoy Colpensiones, otorgó a Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón una pensión de vejez a partir del 12 de marzo de 1990, en cuantía inicial de \$132.046,00, cuya liquidación se basó en 1.114 semanas y un IBL de*

*\$163.020,00; de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año. Prestación que fue reliquidada a través de Acto Administrativo SUB 225761 del 20 de agosto de 2019, en la que se reconoció un IBL de \$164.503,00, una tasa de reemplazo del 81%, y como fecha de efectividad se tomó el 4 de junio de 2016 en aplicación del fenómeno prescriptivo, lo que arrojó una mesa en cuantía de \$1.895.583,00 para el año 2016. Decisión que fue confirmada a través de la Resolución SUB 277616 del 8 de octubre de 2019.*

*También se encuentra acreditado que el demandante nació el 11 de marzo de 1930, tal como se establece con su la copia de su cédula de ciudadanía.*

*Corresponde a la Sala dilucidar si procede o no la reliquidación de la mesada pensional reconocida al demandante bajo los parámetros del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, sumando para el efecto tiempos privados con tiempos públicos no cotizados al entonces Instituto de Seguros Sociales.*

#### **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

*Para resolver lo pertinente, la Sala advierte que resulta acertada la decisión proferida por el fallador de primer grado al no permitir la acumulación de tiempos públicos y privados a fin de acceder a la reliquidación de la pensión de vejez concedida al amparo del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, en tanto que la norma en mención tan sólo permite la contabilización del número de semanas efectuado al ISS, hoy Colpensiones, excluyendo los tiempos públicos, pues para eso el legislador creó el régimen que permite dicha acumulación, en la medida que se contabilizan no sólo aportes sino tiempos de servicio al sector oficial, cual es la Ley 71 de 1988. Precizando desde ya que estos son regímenes disímiles, con requisitos diferentes y beneficios igualmente diversos.*

*Acceder a las pretensiones de la demanda, desconocería la existencia de varios regímenes pensionales antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, que tienen características propias y destinatarios diferentes, como se anotó, e igualmente en el caso analizado no es posible aplicar el principio de favorabilidad, en tanto que éste enseña que en caso de conflictos o duda sobre la aplicación de normas vigentes de*

*trabajo, se aplica la norma más favorable al trabajador, y la norma que se escoja debe aplicarse integralmente (art. 21 del CST), lo que es conocido como el principio de inescindibilidad o conglobamento, porque al aplicar lo favorable de cada norma, en este caso régimen pensional, se está creando uno nuevo, que no es la función del juez (Art. 230 CP). “Es requisito que el conflicto se suscite entre dos o más disposiciones vigentes, del mismo rango y reguladoras de la misma situación, pero no con diferentes consecuencias jurídicas” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de septiembre de 2000, exp. No. 14581). Y, ¿por qué no es aplicable dicho principio? por la sencilla razón que no se está ante la duda de cuál régimen se aplica al caso concreto, sino que claramente lo que se trata es de confundir o hacer una mixtura de dos situaciones incomparables, lo que conlleva a crear un nuevo régimen.*

*Por eso el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, es prístino al indicar que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe acreditar, además de la edad, un número mínimo de semanas cotizado al ISS, hoy Colpensiones, sin que admita el aporte a otras cajas de previsión social o tiempos de servicios a entidades oficiales, como sí lo permite la Ley 71 de 1988, que es otro régimen. El Acuerdo 224 de 1966 fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, exclusivamente para dicha institución, y en ninguna de sus normas se previó que las semanas de cotizaciones podían ser acumuladas con tiempos de servicios al Estado, mal habría sido, ya que para esa situación el legislador expidió el régimen pertinente (Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985), basta mirar lo consagrado en el artículo 1º, para inferir que en este acuerdo no se permite tiempo de servicios al sector oficial o cotizaciones a otras cajas de previsión.*

*Ahora, no desconoce la Sala el criterio expuesto tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, interpretado en su tenor literal, no impide incluir para la causación de la pensión de vejez, los tiempos públicos cotizados o no al ISS. Empero, tal criterio no resulta aplicable al sub examine, como a continuación pasa a explicarse.*

*En las sentencias T-090 y T-398 de 2009 la Corte Constitucional señaló que el régimen de transición, solo previó la aplicación de las normas del régimen al que venían afiliados, en tres tópicos: edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto (entendido como tasa de reemplazo o retorno); sin que se*



*mencione la acumulación de tiempos públicos y privados en cualquiera de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo que para resolver ese punto, debe acudir al literal f) del artículo 13 de la Ley 100, que posibilita sumar períodos de labor en los sectores públicos y privados; el cual resulta más favorable. Posición que tomó más fuerza cuando se profirieron las providencias de unificación SU-769 de 2014 y SU-057 de 2018 en las que el máximo Tribunal Constitucional, reiteró la intelección explicada, por ser la que en mejor proporción garantiza el efectivo goce de derechos fundamentales de alto raigambre, como la seguridad social.*

*En similar sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1947 de 2020 indicó que la posición jurisprudencial de la Corporación apuntó a la improcedencia de acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos de servicios públicos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en el entendido de que dicha norma no previó expresamente dicha posibilidad, sin embargo, en la aludida providencia modificó el anterior precedente, por cuanto señaló que el régimen de transición protegió las expectativas legítimas de causar la pensión según los requisitos de edad, tiempo y monto consagrados en los regímenes anteriores, mientras que las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por lo que la forma de computar las semanas es la consagrada en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de dicha Ley, que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, cambio de criterio que la Corporación estimó acorde al mandato de protección del derecho a la seguridad social.*

*El citado cambio de postura jurisprudencial fue ratificado con la sentencia SL1981 de 2020, providencia en la cual la H. Corte Suprema de Justicia reiteró que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) al que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos*

*cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas aun cuando no fueron cotizados, criterio que ha sido reiterada entre otras en las sentencias SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020.*

*Luego, es claro que el criterio expuesto por esas dos Altas Corporaciones se cimienta en un supuesto: la vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 habilita la aplicación de las disposiciones consagradas en dicha norma a efecto de computar los tiempos (públicos o privados) para acceder a prestaciones concedidas al amparo del régimen de transición. Premisa que no se configura en el presente asunto, pues recuérdese que al momento en que Francisco Cristóbal Velásquez Pinzón accedió a la prestación por vejez (12 de marzo de 1990) ni siquiera había sido expedida la Ley 100 de 1993, menos aún puede afirmarse que la pensión le fue otorgada al amparo del régimen. Circunstancia que impide acudir a las disposiciones del Sistema General de Pensiones a efecto de proceder con la sumatoria de tiempos laborados con empleadores del sector público, con las semanas cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.*

*Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado; no sin antes señalar que la manifestación realizada por el demandante en su apelación carece de respaldo probatorio y, en todo caso, de haberse probado el giro de recursos, tal circunstancia, per se, no daría lugar a la reliquidación petitionada.*

*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,*

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

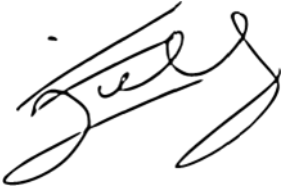
**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada.*

**Segundo.-** *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 BELARMINA CUELLAR CHAVES E ISRAEL GONZÁLEZ ORTIZ  
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR SA

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Belarmina Cuellar Chaves e Israel González Ortiz, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandaron a la AFP Porvenir SA, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su hija Deysi Katherine González Cuellar, a partir del 29 de agosto de 2019; junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso. Subsidiariamente peticionan que se reconozca la prestación únicamente en favor de Israel González Ortiz.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 6 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: Deysi Katherine González Cuellar falleció el 19 de agosto de 2019, quien se encontraba afiliada a la AFP Porvenir SA desde el 2 de diciembre de 2009 y era hija de los aquí demandantes; entre el 2 de diciembre de 2009 y el 29 de agosto de 2019 la causante cotizó un total de 300 semanas, además era soltera, no hacía vida marital con nadie y no tenía hijos legítimos, extramatrimoniales ni adoptivos; para la fecha del deceso el grupo familiar se sostenía con los ingresos de la causante y de Belarmina Cuellar Chaves; Israel González Ortiz no efectuaba ningún aporte en razón a su imposibilidad de trabajar por su avanzada edad, por lo que dependía 100% de los ingresos de su hija; el aporte económico de la afiliada fallecida superaba el 60% de los gastos del hogar; Belarmina Cuellar Chaves percibe una pensión de vejez equivalente a un smlmv otorgada por Colpensiones desde el 1° de abril de 2015; el 17 de octubre de 2019 los demandante solicitaron ante Porvenir SA el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin obtener respuesta.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Porvenir SA no se pronunció en término sobre los hechos y pretensiones formulados por el extremo demandante, pese a que fue debidamente notificada, razón por la cual mediante auto del 20 de agosto de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda (archivo 14 del expediente digital).*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 21 del expediente digital) en la que absolvió a Porvenir SA de todas las pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que resulta desacertado tener que demostrar la cuantía del aporte recibido por parte de la causante, ya que ésta es una exigencia que no contempla la norma. Agregó que la ayuda económica de la afiliada fallecida fue constante, no esporádica, con lo que se acredita plenamente la dependencia económica, la cual no se desvirtúa con el hecho que Belarmina Cuellar reciba una pensión de salario mínimo, ya que esta suma no les alcanza para solventar sus gastos.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte accionante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a realizar el análisis únicamente de los reparos expuestos por el extremo demandante en la sustentación de su recurso de apelación y que se contraen a la prueba de la dependencia económica de los actores.*

### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - DEPENDENCIA ECONÓMICA*

*En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que la causante falleció el 29 de agosto de 2019, como da cuenta su registro civil de defunción (archivo 6 del expediente digital) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó más de 50 semanas, conforme se establece con la historia laboral expedida por Porvenir SA. Tampoco es tema de debate que los accionantes ostentan la calidad de padres de la difunta Deysi Katherine González Cuellar, tal como se observa en el registro civil de nacimiento de esta última (archivo 6 del expediente digital); y que la AFP demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los promotores de la litis por no acreditar dependencia económica respecto de su hija fallecida (archivo 20 del expediente digital).*

*Ahora, considerando la data del deceso de la causante, 29 de agosto de 2019, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:*

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*[...]*

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, **serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;...**”*

*Es claro que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que dependían económicamente del trabajador fallecido y no queden en desamparo, dado el principio de solidaridad que orienta la seguridad social, de tal suerte que puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del trabajador o afiliado que ha fallecido; no es simplemente que éste le dispensara una ayuda, sino que estuvieran sometidos económicamente al causante; y que, en ausencia de éste, se encontraría en desamparo o riesgo su subsistencia. Dependencia económica que, como bien lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia - SCL, no implica que el beneficiario dependa totalmente del causante o que aquel no tenga ninguna clase de ingresos. Así se señaló en la sentencia de 20 de noviembre de 2007, con rad. 31.394:*

*“El tema de la dependencia económica de los padres respecto de un hijo, como requisito para que aquellos puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, con motivo del fallecimiento de éste, y ante la falta de otros beneficiarios con mejor*

*derecho, ya ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia de la Corte, al dejar en claro que ella no desaparece cuando es parcial y complementaria a la de otros ingresos, en cuanto éstos pueden resultar insuficientes para la satisfacción de las necesidades básicas requeridas para sobrevivir”.*

*Y como lo puntualizó la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo atrás referido, en la sentencia C-111 de 2006, en el sentido que se le tenga que “imponer a los padres la carga de demostrar una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica”.*

*Bajo estas orientaciones, se verificará si los demandantes demostraron que dependían económicamente de su hija Deysi Katherine González Cuellar, es decir, que era quien les ayudaba a proporcionar lo básico para su subsistencia.*

*Bien, fue aportada la Resolución GNR 215508 del 19 de julio de 2015 por medio de la cual Colpensiones reconoció a Belarmina Cuellar Chaves una pensión de vejez a partir del 1° de abril de 2015, en cuantía inicial de \$644.350,00. Se observa, igualmente, el certificado expedido por Compensar EPS el 24 de septiembre de 2020 en el que hace constar que Israel González Ortiz es beneficiario de los servicios de salud de la pensionada Cuellar Chaves desde el 1° de septiembre de 2015.*

*También obra en el plenario el “INFORME DE INVESTIGACIÓN PARA PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS” realizado por León & Asociados, con fecha 25 de noviembre de 2019, en el que se concluye:*

*“Los padres del afiliado son casados de estado civil casados entre sí, desde hace trece años y conviven juntos desde hace cuarenta y tres años, al momento del deceso los reclamantes no laboraban. El núcleo familiar solventa sus gastos, con la mesada pensional de vejez que percibe la Sra. Belarmina Cuellar Chaves por parte de Colpensiones, desde julio de 2015, por un valor de un salario mínimo, adicionalmente, su hija la Sra. Gina Paola González Cuellar, les [...] aporta víveres y aportes para la manutención de la vivienda, toda vez que actualmente residen con ella.*

*Se determina que el Sr. Israel González Ortiz no percibe mesada pensional (se desconoce en régimen especial). Mediante consultas en la Ventanilla Única de Registro (VUR) y en el Registro Único Empresarial y Social (RUES) no se evidencia que reporten bienes o establecimientos de comercio a su nombre. Por su parte, la Sra. Belarmina Cuellar Chaves, mediante consulta en la Ventanilla Única de Registro (VUR) reporta una propiedad a su*



*nombre registrada con matrícula No. 50N-556242 ubicada en la dirección carrera 109ª No. 135b-13 Bogotá de la cual indica no percibir ingresos, toda vez que es su inmueble destinado a su vivienda; y en el Registro Único Empresarial y Social (RUES) no se evidencia que reporte establecimientos de comercio a su nombre.*

*Adicionalmente se estableció que los reclamantes tuvieron dos hijos más de nombres Gina Paola González Cuellar y Víctor Hover González Cuellar, percibiendo únicamente una ayuda en especie de la Sra. Gina Paola.”*

*Belarmina Cuellar Chaves, al absolver interrogatorio de parte, informó que su hija Deysi Katherine González Cuellar falleció a la edad de 28 años por un cáncer en los huesos que le hizo metástasis. Agregó que la causante vivía con ellos en el segundo piso de la casa de su otra hija, de nombre Gina; esta última vive en el primer piso de esa casa con sus dos hijos; y allí no pagan arriendo. Dijo que la afiliada fallecida corría con los gastos del papá (medicamentos, mercado, servicios), pues él hace 5 años presenta problemas de salud y por tal razón no puede trabajar. Reconoció que se encuentra pensionada hace 6 años con una mesada equivalente al salario mínimo y que Deysi González se dedicaba a dar clases de pilates. Dijo que con su pensión costea los gastos de alimentación y medicamentos suyos y su esposo Israel González. Al preguntársele en cuánto estimaba la ayuda económica mensual recibida por Deysi González, respondió que ella “cada mes de la daba \$100.000,00 al papá para que tomara la gaseosa”. Dijo que tiene otro hijo de nombre Víctor, quien no los ayuda porque tiene su propio hogar con dos hijos.*

*Por su parte, Israel González Ortiz, al absolver interrogatorio de parte, indicó que hace 5 o 6 años dejó de trabajar debido a sus problemas de salud, y que tiene dos hijos vivos, de nombres Gina y Víctor. Agregó que vivían con Deisy en el segundo piso de la casa de su otra hija Gina y que allí no pagan arriendo, pero le colaboran a esta última con el pago de la cuota en el Fondo Nacional del Ahorro. Dijo que la causante les ayudaba con los gastos de la casa (mercado, servicios, medicamentos); aunque también reconoció que sus gastos personales y los de su esposa ascienden a \$600.000,00 o \$700.000,00 mensuales y que viven de lo que le llega de pensión a ella.*

*Se recibió el testimonio de Martín Alexander Rojas, amigo de la familia de toda la vida, quien manifestó que Deisy vivía con los papás, Belarmina Cuellar que es pensionada y Don Israel que hace varios años no trabaja. Añadió que la causante colaboraba económicamente en el hogar, particularmente con los medicamentos*

*del papá y lo acompañaba al médico; agregando que en alguna ocasión la acompañó a hacer mercado y a pagar recibos.*

*A su turno, la testigo Diana Milena Gutiérrez Guío, amiga de Deysi González desde hace 8 años, afirmó que la causante vivía con los papás en el segundo piso de la casa de su hermana Gina, quien vivía en el primer piso de esa casa. Dijo que Deisy ayudaba con los gastos de la casa (mercado, servicios), aunque desconoce el monto de esa ayuda. Dijo que “de vez en cuando, cada 3 meses” la acompañaba a hacer mercado, y considera que el aporte de Deisy podría ascender a los \$500.000,00 o \$600.000,00.*

*Finalmente, Gina Paola González Cuellar, hermana de la afiliada fallecida, manifestó que la causante colaboraba con sus padres, con el mercado de la casa, pero sobre todo colaboraba con la educación de sus sobrinos. Aclaró que la colaboración de la causante se concretaba en el pago de servicios y en la compra de medicamentos de su progenitor. Dijo que Deisy hacía mercados por valor de \$300.000,00 o \$400.000,00 y que le daba en efectivo a Israel González entre \$80.000,00 y \$150.000,00.*

*Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se colige que los actores no demostraron su dependencia económica hacia la causante, como acertadamente lo concluyó el fallador de primer grado. En efecto, Belarmina Cuellar Chaves, al absolver interrogatorio de parte, reconoció que no paga arriendo, que los gastos propios y los de su esposo los solventa con su pensión, y si bien afirmó que Deysi González corría con los gastos del papá, también aclaró que esta ayuda se limitaba a que “cada mes le daba \$100.000,00 al papá para que tomara la gaseosa”; esto último fue corroborado por la testigo Gina Paola González Cuellar. En similar sentido, Israel González Ortiz aceptó que sus gastos personales y los de su esposa ascienden a \$600.000,00 o \$700.000,00 mensuales y que los sufragan con lo que le llega de pensión a ella.*

*Con respecto al dicho de los testigos Martín Alexander Rojas y Diana Milena Gutiérrez Guío, pese a que informaron sobre la ayuda que dispensaba la causante en el hogar, lo cierto es que sólo “alguna vez” o “de vez en cuando” la vieron hacer mercado o pagar recibos.*

*En este orden de ideas, no es posible establecer que el fallecimiento de Deysi Katherine González Cuellar implicó una merma en la calidad de vida de los aquí demandantes. Y es que, a pesar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la dependencia económica de los padres, que aspiran al reconocimiento como beneficiarios, no tiene que predicarse total y absoluta respecto del hijo fallecido; también ha señalado “que no se puede entender que esto habilita que cualquier ayuda por parte del hijo se convierte en dependencia económica [...] y, con ello, deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores o de éstos eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial de las condiciones de su subsistencia” (sentencia SL5681-2021).*

*Es así como ese Máximo Tribunal ha establecido los presupuestos que deben darse para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, a saber, que la ayuda económica sea cierta, periódica e imprescindible para su subsistencia (sentencia SL1992-2019).*

*Bajo los anteriores derroteros, concluye la Sala que en el sub examine no se configura el último requisito antes señalado, toda vez que, tal como lo aceptaron las actores al absolver interrogatorio de parte, sus gastos ascienden a \$600.000,00 o \$700.000,00 y los mismos se encuentran cubiertos con lo devengado por Belarmina Cuellar Chaves por concepto de pensión de vejez; sin que pueda entenderse que la ausencia de los \$100.000,00 mensuales que la procuraba la causante a su padre “para la gaseosa” afecte en manera alguna su calidad de vida. Razón por la que no es posible derivar la dependencia económica que aquí se reclama; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado.*

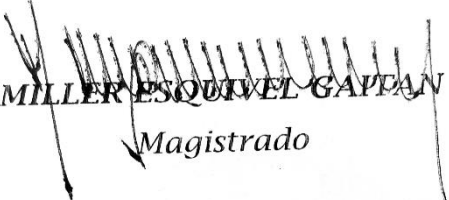
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

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

**Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de los demandantes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$100.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada uno de ellos.

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO  
ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR MANUEL GIL SÁNCHEZ CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior  
para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado  
Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que  
integran la Sala.*

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

A U T O

*Reconocer personería a la abogada Ana Milena Ospina Bermejo quien se  
identifica con C.C. No 1.110.529.057 y la T.P. No. 288.991 del CS de la J, como  
apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones -  
Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución  
conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Víctor Manuel Gil Sánchez, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su progenitora Luz Mariela Sánchez Gil, a partir del 29 de noviembre de 2013; junto con los reajustes de ley, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Como fundamento de sus pretensiones, narró los hechos visibles de folios 1 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Luz Mariela Sánchez Gil falleció el 29 de noviembre de 2013, quien en vida percibía una pensión reconocida por Colpensiones mediante Resolución 031273 del 27 de junio de 2006; el 26 de noviembre de 2012 el actor comenzó sus estudios en la Escuela de Diseño y Patronaje Industrial Arturo Tejada Cano ubicado en Bogotá, siendo la causante quien canceló el valor de la matrícula para el primer semestre del año 2013; en el segundo semestre se vio en la obligación de suspender sus estudios como consecuencia del estado de salud de su madre quien padeció cáncer de ovario; el 20 de noviembre de 2013 se matriculó para cursar primer semestre de derecho en Fusagasugá en la Universidad Incca de Colombia; la pensionada fallecida era su único apoyo y soporte, y de ella dependía económicamente; si bien al momento del deceso no se encontraba estudiando, esto obedeció a una circunstancia de fuerza mayor como lo fue*

*la penosa enfermedad padecida por Sánchez Gil; el 2 de enero de 2014 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución GNR 377267 del 23 de octubre de 2014 por ser mayor de edad y no acreditar la condición de estudiante al momento del fallecimiento; decisión confirmada a través de los Actos Administrativos GNR 347698 del 4 de noviembre de 2015 y VPB 7863 del 16 de febrero de 2016.*

#### 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 las pretensiones formuladas (fls. 105 a 118); frente a los hechos aceptó la calidad de pensionada de la causante, la fecha de su deceso, la reclamación presentada por el actor y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, 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. fol. 148), en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; declaró probada la excepción denominada cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado, condenando en costas al actor.*

*RECURSO DE APELACIÓN* Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante interpone recurso de apelación, argumentando que, para el segundo semestre de 2013, se vio en la obligación de suspender sus estudios para atender a su señora madre debido a sus quebrantos de salud, pero está acreditada la calidad de estudiante durante el primer semestre de 2013 y posterior al deceso, por lo que no se le debe imponer una carga excesiva.

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

A su turno, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión absolutoria de primer grado, aduciendo que el accionante no acredita los condicionamientos para acceder al reconocimiento de la prestación reclamada.

#### *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 parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

#### *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*

En el presente caso no está en discusión que Colpensiones reconoció a Luz Mariela Sánchez Gil una pensión de vejez mediante Resolución N° 31273 del 27 de julio de 2006, efectiva a partir del 15 de mayo de 2006 y cuya mesada pensional para el año 2013 ascendía a la suma de \$1.282.117,00, según se desprende del contenido del Acto Administrativo GNR 377267 del 23 de octubre de 2014 (fl. 61). De igual manera, se encuentra acreditado que Sánchez Gil falleció el 29 de noviembre de 2013, tal como se establece con el registro civil de defunción (fl. 11); y que mediante la referida GNR 377267 del 23 de



*octubre de 2014 la entidad de seguridad social accionada negó al actor el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por cuanto al momento del deceso era mayor de edad y no se encontraba estudiando; decisión confirmada a través de los Actos Administrativos GNR 347698 del 4 de noviembre de 2015 y VPB 7863 del 16 de febrero de 2016 (fls. 82 a 95).*

*Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si el demandante Víctor Manuel Gil Sánchez cumple con los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, con ocasión al fallecimiento de su madre Luz Mariela Sánchez Gil.*

*Pues bien, considerando la data del deceso de la causante, 29 de noviembre de 2013, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor preceptúa:*

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

*[...]*

*c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993...”*

*Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, la Corte Constitucional en sentencia C-451 de 2005, sostuvo que la protección prolongada del derecho pensional en favor del hijo del causante mayor de edad hasta los 25 años, obedece a la necesidad del Estado de garantizar su desarrollo profesional y lograr una mejor preparación para entrar al mercado laboral; agregando que:*

*“el hijo mayor que ostenta la condición de estudiante también se encuentra en situación de vulnerabilidad por hallarse en una etapa de la vida, la adolescencia y los comienzos de la edad adulta, en la cual apenas se está estructurando su personalidad y se transita por el camino de la formación educativa, donde pretende adquirir un nivel de formación que le permita valerse por sí mismo en un futuro próximo, es decir, adquirir una identidad propia y autónoma frente a la de sus padres apta para procurarse su sustento sin depender económicamente de ellos”.*

*El máximo tribunal constitucional también ha reiterado que la condición de vulnerabilidad del hijo mayor de edad, titular del derecho a la pensión de sobrevivientes, se justifica en el hecho de la dependencia económica derivado de la incapacidad que éste tiene para trabajar en razón de sus estudios. Al respecto, ha sostenido que “[e]l estudio constituye para el hijo del causante mayor de edad y menor de 25 años, una exigencia sine qua non para recibir la prestación pensional, pues es la razón que impide su autosostenimiento, por lo que debe demostrarse la condición de estudiante para el reconocimiento y el pago de la pensión de sobreviviente” (sentencias T-857-02, T-341 de 2011, T-370 de 2012).*

*Así, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en beneficio del hijo del causante mayor de edad y menor de 25 años, se encuentra condicionado a que éste se encuentre en incapacidad de trabajar por encontrarse realizando sus estudios. En consecuencia, de no acreditarse dicha condición, se entiende desvirtuada la incapacidad para trabajar y por efecto, no es dable el beneficio de la pensión de sobrevivientes.*

*Al revisar el acervo probatorio, no ofrece mayor reparo que el demandante acredita la condición de hijo de la causante, según se establece con su registro civil de nacimiento (fl. 13). Aunado a esto, está demostrado que Víctor Manuel Gil Sánchez cumplió los 18 años de edad el 20 de abril de 2013, por lo que arribó a los 25 años el 20 de abril de 2020.*

*Es importante destacar que en el sub examine no se encuentra probado que al momento del deceso de Luz Mariela Sánchez Gil, el accionante se encontrara estudiando, tal y como él mismo lo acepta desde el escrito de demanda y al momento de sustentar su recurso de apelación; centrándose el debate en esta instancia en determinar si, a pesar de esa circunstancia, tiene derecho a acceder a la prestación pensional que reclama.*

*Bien, Víctor Manuel Gil Sánchez argumenta que se vio obligado a interrumpir sus estudios en el segundo semestre de 2013 para cuidar de su progenitora, quien se encontraba en delicado estado de salud derivado de un cáncer de ovario, que terminó por arrebatárle la vida el 29 de noviembre de 2013.*

*Así, la Corte Constitucional en sentencia SU-543 de 2019, al estudiar tres casos con contornos fácticos similares al aquí debatido, concluyó que, si bien para efectos de determinar si el peticionario cuenta o no con el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe establecerse que aquel esté imposibilitado para trabajar por razón de sus estudios, es posible excepcionar tal regla solo en los eventos en que, por una razón imperante, el hijo menor de 25 años no estuviere estudiando para esa época, como lo sería aquella en que por cuestiones de solidaridad familiar se viere abocado a suspender temporalmente las clases a fin de prestarle los debidos cuidados a su progenitor convaleciente. En los siguientes términos se pronunció el Máximo Tribunal Constitucional:*

*"[...] acudir al principio de la solidaridad familiar para, en las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, excepcionar la aplicación de la regla jurídica que obliga al estudiante a ejercer sus actividades académicas para el preciso momento en que muere su progenitor deviene acorde con el sistema jurídico construido en el marco del Estado Social de Derecho siempre que logre demostrarse, probatoriamente, que la suspensión del proceso formativo haya sido consecuencia directa del acompañamiento y cuidado que el joven estudiante debía prodigarle, en sus últimos días, al causante a fin de permitirle sobrellevar sus dolencias en condiciones de dignidad."*

*La finalidad de esta excepción es, justamente, no castigar con la pérdida de la prestación económica aquellos actos de solidaridad sincera que surgen entre los familiares a partir de los lazos de amor que los atan. Para la Corte Constitucional éste en un principio fundamental y como tal ha sido protegido por nuestro ordenamiento jurídico, de manera que desconocerlo sobre la base de que el mismo no ha sido comprendido en la redacción de la norma que regula los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, podría devenir desproporcionado. Luego, es claro que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para hijos estudiantes también se proyecta a aquellos jóvenes que han suspendido su proceso académico por razón de los cuidados y acompañamiento que le dispensaron a su progenitor.*

*Bajo los anteriores derroteros, se adentra este Colegiado en el análisis de los medios probatorios obrantes en el plenario.*

*Fueron aportados sendos certificados de estudio con los que se acredita que el actor ostentó la calidad de estudiante por los siguientes periodos:*

- Con la Escuela de Diseño y Mercadeo de Moda Arturo Tejada Cano, cursó el modulo uno del programa Mercadeo y Diseño de Moda en el primer periodo académico de 2013.
- Con la Universidad Incca de Colombia, programa académico de Derecho – Fusagasugá en la modalidad presencial, cursó los semestres I y II del año 2014, y I y II del año 2015.
- Con la Universidad Militar Nueva Granada, programa de Derecho, cursó el primer semestre de 2016.

*Se recibieron los testimonios de Ana Cecilia Sánchez Gil, María Teresa Sánchez de Salinas y María Susana Sánchez Gil, hermanas de la causante y tías del demandante, quienes fueron coincidentes al manifestar que al momento del fallecimiento la causante vivía con su único hijo, Víctor Manuel Gil Sánchez, en Fusagasugá. Agregaron que, cuando el actor terminó el bachillerato, con el patrocinio de su madre, viajó a Bogotá a estudiar diseño y moda, que era lo que le apasionaba, pero solo cursó un semestre y debió regresarse a Fusagasugá a cuidar de su progenitora, ya que el médico la desahució y le dijo que ya nada se podía hacer. Dijo que ese segundo semestre de 2013 el accionante estuvo en Fusagasugá cuidando de su mamá, pero ella quería que su hijo siguiera estudiando, por lo que se matriculó en la Universidad Incca sede Fusagasugá para estudiar derecho; y Luz Mariela Sánchez Gil, alcanzó a pagar el primer semestre de universidad y a los pocos días falleció. Añadieron que Víctor Manuel Gil Sánchez estudió dos años en esa universidad, y luego se mudó a Bogotá a estudiar derecho en la Universidad Militar. Finalmente, indicaron que no tienen noticia del papá del accionante porque la causante nunca les comentó nada sobre él.*

*Luego, es claro que el accionante acredita los condicionamientos para acceder a la prestación reclamada. En efecto, pese a que en el preciso momento en que ocurrió el deceso de Luz Mariela Sánchez Gil, sus estudios se encontraban suspendidos, esto se dio como consecuencia de la delicada situación de salud por la que ésta atravesaba, lo que lo obligó a radicarse en Fusagasugá al lado de su madre, para dispensarle los cuidados que demandada en sus últimos días de vida; circunstancia que constituye una excepción a la regla relativa a*

*tener que acreditar la incapacidad para trabajar en razón de sus estudios, en los términos señalados por la Corte Constitucional.*

*Corolario de lo anterior, se revocará la decisión absolutoria de primer grado para, en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a Víctor Manuel Gil Sánchez, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su madre Luz Mariela Sánchez Gil, a partir del 29 de noviembre de 2013 y hasta el 20 de abril de 2020, siempre y cuando acredite su condición de estudiante; dado que en el expediente solamente obran certificaciones estudiantiles expedidas hasta el 30 de junio de 2016. La prestación se reconocerá en las mismas condiciones en que la venía percibiendo la causante, con los correspondientes incrementos anuales.*

#### *INTERESES MORATORIOS*

*Reclama la parte actora el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.*

*El artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:*

*“A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago.”*

*La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales” y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que el promotor de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado al mismo, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.*

*Así, como el actor reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 2 de enero de 2014, según se observa a folio 60 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 3 de marzo de 2014, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión al accionante, y hasta tanto se acredite el pago efectivo de la prestación aquí reconocida.*

#### **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 se causó el 29 de noviembre de 2013, la reclamación se presentó el 2 de enero de 2014, obteniendo respuesta negativa por parte de Colpensiones mediante Resolución*

*GNR 377267 del 23 de octubre de 2014, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente a través de Actos Administrativos GNR 347698 del 4 de noviembre de 2015 y VPB 7863 del 16 de febrero de 2016; y la demanda se presentó el 30 de mayo de 2018 (acta de reparto, fl. 96); por lo que es claro que las mesadas pensionales aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.*

*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,*

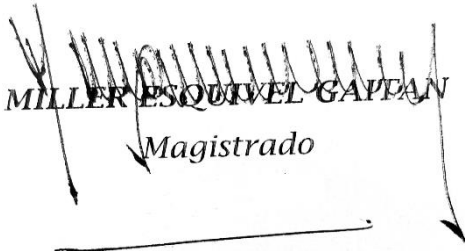
**R E S U E L V E:**

**Primero.-** *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a reconocer y pagar a Víctor Manuel Gil Sánchez, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su madre Luz Mariela Sánchez Gil, a partir del 29 de noviembre de 2013 y hasta el 20 de abril de 2020, siempre y cuando acredite su condición de estudiante. La prestación se reconocerá en las mismas condiciones en que la venía percibiendo la causante, con los correspondientes incrementos anuales.*

**Segundo.-** *Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a Víctor Manuel Gil Sánchez los intereses moratorios causados sobre el retroactivo pensional adeudado, a partir del 3 de marzo de 2014 y hasta que se acredite el pago de la prestación reconocida.*

**Tercero.-** *Sin costas en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de Colpensiones.*

*Notifíquese en legal forma y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado



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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MARÍA TERESA RODRÍGUEZ NEIRA CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA  
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Amanda Lucía Zamudio Vela quien se identifica con C.C. No 51.713.048 y la T.P. No. 67.612 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, 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.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*María Teresa Rodríguez Neira, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se disponga que todas las cosas vuelvan a su estado anterior y se ordene su retorno automático al RPMPD. Asimismo, se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de marzo de 1963; en diciembre de 1985 se afilió al ISS, donde cotizó un total de 368 semanas hasta septiembre de 1994; en el año 1994, cuando se encontraba trabajando en la empresa Aspect Language Schools Ltda., llegó hasta su sitio de trabajo un asesor de Colpatria SA, hoy Porvenir SA, quien la persuadió de trasladarse a esa AFP argumentando que era una entidad con mayor solidez, estabilidad y mejores garantías en materia pensional; el asesor de la época omitió informarle sobre las condiciones particulares del RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional; el 1° de marzo de 2019 solicitó ante Colpensiones su traslado al RPMPD, obteniendo respuesta negativa el 4 de marzo siguiente; el 4 de marzo de 2019 petitionó ante Porvenir SA su traslado de régimen, ante lo cual la AFP accionada se pronunció negativamente.*

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Porvenir SA. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. Condenó a Porvenir SA a reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguro. Ordenó a Porvenir SA a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones - SIAFP*

*(anulación a través de Mantis) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la demandante en el RAIS. Ordenó a Colpensiones que acepte a la accionante en el RPMPD, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por Porvenir SA. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante solicitó que se condene en costas también a Colpensiones, dado que presentó oposición a las pretensiones, formuló excepciones y resultó vencida en juicio.*

*Por su parte, Porvenir SA argumentó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que cumplió con la totalidad de las obligaciones vigentes para la época del traslado, brindando a la accionante información clara, completa y comprensible sobre las características de los dos regímenes pensionales, lo que se demuestra con el formulario de afiliación, sin que obre prueba adicional ya que la asesoría fue verbal. Indicó que el hecho que la accionante no recuerde lo que le dijo el asesor, no significa que la información no se le hubiese brindado. Aseguró que no es posible devolver los gastos de administración, pues estos no pertenecen al afiliado y, en casos de declaratoria de ineficacia de traslado, las únicas sumas que deben restituirse son las cotizaciones y los rendimientos. Dijo que las primas de seguro previsional ya fueron giradas a la aseguradora, quien cumplió con su función aseguradora durante todo el tiempo de afiliación de la accionante, por lo que, de ordenarse la devolución de estas sumas, se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.*

*Finalmente, Colpensiones manifestó que no se cumplen las condiciones para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, pese a que la actora al absolver interrogatorio de parte manifestó que no recuerda, ello no significa que no pasó; sin que pueda aplicarse de manera automática la inversión de la carga de la prueba. Añadió que, de mantenerse la decisión del a quo, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Colpensiones como Porvenir SA presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.*

*La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión de primer grado, dado que la AFP accionada no cumplió con su deber de información.*

## CONSIDERACIONES

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

## ACLARACIÓN PREVIA

*Porvenir SA hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital); 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 5 de agosto de 1994, a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA (archivo 1 del expediente digital) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumple con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos 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 unas manifestaciones del tipo “el asesor de la época omitió informarle sobre las condiciones particulares del RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

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

*del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 5 de agosto de 1994. 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.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1994 llegaron a la empresa donde trabajaba unos asesores de Colpatria, hoy Porvenir, quienes en una reunión grupal, de entre 10 a 15 minutos, les dijeron que el ISS se iba a acabar, por lo que, de continuar allí, no tendrían pensión, mientras que en el fondo privado se podrían pensionar cuando quisieran. No recuerda que le hubiesen suministrado información adicional.*

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



*promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

*nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que estos dineros no pertenecen al afiliado; 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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, y debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad*

*que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal como lo peticiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso la citada entidad ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa*

*carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

*“(…)*

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales; por lo tanto, se modificará el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia, para lo cual deberá concurrir con el pago del 50% de las agencias en derecho fijadas por el a quo, quedando el restante 50% en cabeza de Porvenir SA. Argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas a las demandadas, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

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

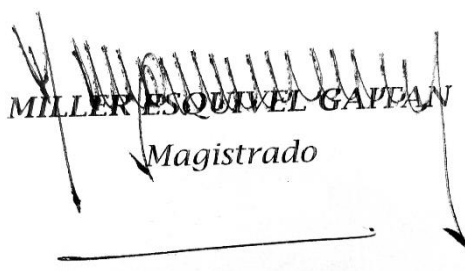
**Primero.-** *Modificar el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia*

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

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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 MAURICIO MARTÍNEZ OVALLE CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA  
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

A U T O

*Reconocer personería a la abogada Mayra Alejandra Bohada Rojas quien se identifica con C.C. No 1.093.783.369 y la T.P. No. 321.634 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Mauricio Martínez Ovalle, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD y es beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y mantener su afiliación en el RPMPD de conformidad con la sentencia SU-130 de 2013. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 30 de diciembre de 1958; a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicio y, por tal razón, es beneficiario del régimen de transición; en octubre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir SA; de acuerdo con la SU-130 de 2013 tienen el derecho a regresar del RAIS al RPMPD en cualquier momento; el 28 de julio de 2006 solicitó ante Colpensiones su retorno al RPMPD, obteniendo respuesta negativa al día siguiente con el argumento de no contar con 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de su traslado al RAIS, así como la reclamación presentada y la respuesta*



*negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital) en la que declaró que al demandante le asiste el derecho a retornar al RPMPD en cualquier tiempo, conservando el régimen de transición, al contar con 15 años de servicios o cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para el nivel departamental, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Ordenó a Porvenir SA autorizar el traslado de la demandante del RAIS al RPMPD y, en consecuencia, Porvenir SA deberá trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, los cuales no podrán ser inferiores al monto total del aporte legal correspondiente si el actor hubiera permanecido en el RPMPD, siendo claro que de no ser posible la equivalencia, conforme quedó definido en la sentencia SU-062 de 2010, Colpensiones deberá ofrecerle al afiliado la opción de aportar el dinero que le haga falta para cumplir con dicha exigencia. Condenó en costas a las demandadas.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como la parte demandante*

*presentaron alegatos en esta instancia con argumentos que no guardan relación con el objeto del presente litigio.*

*Por su parte, Colpensiones solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se ordene a Porvenir SA a trasladar, debidamente indexados o con intereses, los siguientes valores: sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual, dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, valores consignados en el fondo de garantía pensión mínima, valores consignados en el fondo de solidaridad pensional, y bonos pensionales.*

### CONSIDERACIONES

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.*

#### ACLARACIÓN PREVIA

*Tanto Porvenir SA como la parte demandante centran sus alegaciones en la procedencia o no de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional; frente a lo cual, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la posibilidad de retornar al RPMPD, recuperando los beneficios del régimen de transición, al encontrarse acreditados los presupuestos señalados por la jurisprudencia para tal fin; diferente a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en los alegatos en este punto.*

#### RETORNO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA

*El eje medular de la controversia consiste en determinar si es viable el regreso del demandante al RPMPD, al haber acreditado 15 años de servicios previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.*

*Al tema, resulta oportuno remitirnos al criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, en la que se indicó:*

*“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:*

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

*En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

*Este último aspecto fue igualmente analizado por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, precisando que cuando la equivalencia del ahorro entre los regímenes no se cumpliera, la entidad debía ofrecer la posibilidad al afiliado de sufragar el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el sistema de ahorro individual, con el que hubiera obtenido en caso de haber permanecido en el de prima media, en un plazo razonable, morigerando las reglas para recuperar los beneficios transicionales. Esta posición fue reasumida y clarificada en sentencia SU-130 de 2013.*

*Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> explicó que para recuperar el régimen de transición tan solo es necesario acreditar: (i) 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (ii) trasladar al RMPD todo el saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por éste, con independencia de si la cifra que se genere supere o no el monto de lo que hubiere cotizado en el ISS o Colpensiones. El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral concluyó que no resulta razonable exigir, a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresen del RAIS y cumplan con 15 años o más de servicios o cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, el requisito de la equivalencia de los aportes legales como lo exige la Corte Constitucional, ya que se trata de una exigencia no prevista por el legislador.*

*De lo anteriormente expuesto, resulta claro que a las personas que cumplan los condicionamientos señalados por la jurisprudencia antes citada, no se les aplica*

---

<sup>1</sup> Sentencia SL609 de 28 de agosto de 2013 radicado N° 43217, SL739 de 22 de octubre de 2013 radicado N° 44766 y SL3173 de 12 de marzo de 2014

*el plazo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Le 797 de 2003, para realizar el traslado de régimen.*

*Bajo este entendimiento, en el sub examine se observa que el demandante nació el 30 de diciembre de 1958, como se acredita con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 1 del expediente digital). También está probado que prestó sus servicios para la Secretaría de Educación de Cundinamarca, de manera ininterrumpida, desde el 30 de agosto de 1984 hasta el 31 de octubre de 2009. Razón por la cual, al tratarse de una entidad de nivel departamental, de conformidad con lo preceptuado por el parágrafo del artículo 151 de la Ley, el sistema general de pensiones entró a regir el 30 de junio de 1995, fecha para cual el accionante acreditaba 36 años de edad y 798,42 semanas de aportes, como a continuación se expone:*

| <i>Empleador</i>                               | <i>Fecha inicial</i> | <i>Fecha final</i> | <i>Caja o fondo</i> | <i>Total semanas</i> |
|------------------------------------------------|----------------------|--------------------|---------------------|----------------------|
| <i>Flores santa Fe Ltda.</i>                   | <i>01/08/1978</i>    | <i>31/01/1979</i>  | <i>ISS</i>          | <i>26,29</i>         |
| <i>Unicrom Ltda.</i>                           | <i>05/06/1979</i>    | <i>26/06/1979</i>  | <i>ISS</i>          | <i>3,00</i>          |
| <i>Promot de Public Rad</i>                    | <i>18/06/1979</i>    | <i>16/10/1979</i>  | <i>ISS</i>          | <i>16,14</i>         |
| <i>Emisora Mil Veinte S</i>                    | <i>16/10/1979</i>    | <i>12/01/1961</i>  | <i>ISS</i>          | <i>64,14</i>         |
| <i>Talleres Ind Unión M</i>                    | <i>22/02/1982</i>    | <i>17/09/1984</i>  | <i>ISS</i>          | <i>134,14</i>        |
| <i>Secretaría de Educación de Cundinamarca</i> | <i>30/08/1984</i>    | <i>30/06/1995</i>  | <i>Cajanal</i>      | <i>557,28</i>        |
| <i>SIMULTÁNEAS</i>                             |                      |                    |                     | <i>-2,57</i>         |
| <i>TOTAL</i>                                   |                      |                    |                     | <i>798,42</i>        |

*En consecuencia, no existe duda para la Sala que el actor cotizó más de 15 años previos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditando así los condicionamientos para retornar al RPMPD en cualquier tiempo, sin perder los beneficios del régimen de transición. Imponiéndose confirmar la sentencia consultada en este punto.*

*Ahora, en lo que respecta a la posibilidad de devolver valores adicionales a las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, tal como lo planteó Colpensiones en sus alegatos; cumple recordar que ello no es procedente, pues, como ya se indicó, ha sido criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en casos como el aquí debatido, sólo se exige la devolución del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado más los rendimientos generados, con independencia de si la cifra que se genere supere o no el monto de*

*lo que hubiere cotizado en Colpensiones. Por lo que no hay lugar a adicionar la decisión de primer grado en este sentido.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

#### *CONDENA EN COSTAS*

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

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

*“(…)*

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales; por lo tanto, se confirmará la decisión consultada en este punto.*

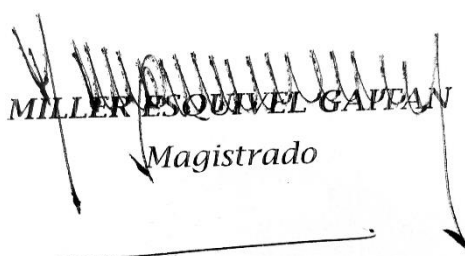
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

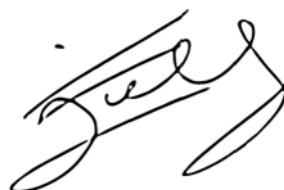
**Primero.-** Confirmar la sentencia consultada.

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE TERESA CASTAÑO GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y COLFONDOS SA PENSIONES Y  
CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Gustavo Enrique Martínez González quien se identifica con C.C. No 1.014.196.194 y la T.P. No. 276.516 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones contra la sentencia proferida el 27 de septiembre 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.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Teresa Castaño González, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad activar su afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 19 de diciembre de 1965; a finales de 1994 los asesores de Colfondos SA realizaron charlas en las instalaciones de la empresa donde trabajaba en las que le ofrecieron beneficios y condiciones superiores a las que obtendría en el RPMPD; como consecuencia de ello, el 19 de agosto de 1994 firmó el formulario de afiliación a esa AFP; los asesores no le brindaron información pertinente, veraz y oportuna para tomar la decisión de trasladarse de régimen; el 6 de febrero de 2020 solicitó ante Colpensiones su retorno al RAIS, sin obtener respuesta.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES



*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 4 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 7 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación a esa AFP, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administradora por Colfondos SA, 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 (archivo 11 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 19 de agosto de 1994 por intermedio de Colfondos SA. Declaró que la accionante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones los aportes recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, si los hubiese. Condenó en costas a las demandadas.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación manifestando que el actor no acreditó vicio en el consentimiento, aunado a que lo aquí debatido corresponde a un punto derecho; estando la carga de la prueba en cabeza de la demandante. Agregó que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.*

#### CONSIDERACIONES

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

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

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

*no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar la inconformidad respecto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema y la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

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

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

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

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, 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 adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.*

#### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable 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, considera la Sala que no es viable revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

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

*“(…)*

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se confirmará la condena impartida en primera instancia frente a este punto. Argumentos por lo que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente, ante la improsperidad de su recurso.*

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

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

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

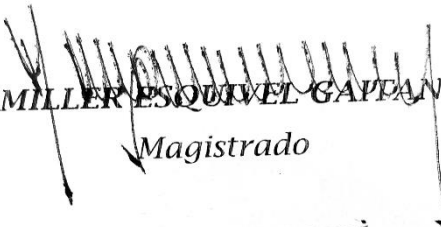
**Primero.-** *Adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos SA a trasladar a Colpensiones, además de los aportes recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, si los hubiese; los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

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

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

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MARTA PATRICIA CORTES SALAZAR CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - PROTECCIÓN S.A., Y  
PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo  
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar  
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara  
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*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  
Colpensiones y Porvenir S.A., y en grado jurisdiccional de consulta lo no  
cuestionado por Colpensiones contra la sentencia proferida el 27 de agosto de  
2021, por el Juzgado Veinte 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*

*Marta Patricia Cortés Salazar, por intermedio de apoderado judicial, demandó a  
la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Protección S.A., y a  
Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado*



*por estas últimas, en consecuencia, se les condene a devolver a Colpensiones la totalidad de lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos respectivos; a su vez, el reconocimiento de la pensión de vejez, con el Acu. 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, por ser beneficiaria del régimen de transición, o en su defecto, que se condene a Porvenir S.A., a reconocer la pensión de vejez, con una mesada igual a la que le hubiere correspondido en el RPMPD. Finalmente, las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones adujo, en síntesis, que nació el 30 de marzo de 1958, que se encontraba afiliada al entonces ISS, a partir del 10 de agosto de 1984, pero el 4 de agosto de 1997, se trasladó al RAIS, administrado por la AFP Colmena, la cual pasó luego a llamarse ING, sin que ese momento, los asesores le hubieran suministrado una información veraz con respecto a su situación pensional, como tampoco una proyección de la pensión, y en general las ventajas y desventajas de ese cambio, con mayor razón su para la época del traslado y acorde con la información de su edad, era beneficiaria del régimen de transición; que en diciembre de 2002, volvió a trasladarse a Porvenir S.A., igualmente con engaños; que el 18 y 19 de diciembre de 2019, le solicitó tanto a Colpensiones como las AFP comprometidas, la ineficacia del traslado de régimen, con respuesta negativa con excepción de Porvenir S.A., quien no se pronunció; que tanto en el RPMPD como en el RAIS, logró cotizar 1.844 semanas.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Protección S.A., se opuso a las pretensiones, para lo cual argumentó que, contrario a lo manifestado por la demandante, le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, y en general, que siempre ha actuado conforme a la ley, pues el acto de traslado de la demandante fue libre y voluntario, exento de cualquier fuerza o vicio del*

consentimiento. Frente a los hechos adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones de mérito las de: inexistencia de la obligación, 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 y el seguro previsional, y la innominada o genérica. La AFP Porvenir S.A., con similar argumentación y excepciones se opuso a las pretensiones de la demanda.

Por último, Colpensiones también se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, no obraba prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); así mismo, que no se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza, que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, según los cuales, no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual reza que, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. Dijo que no le contaban la mayoría de los hechos, otros que no eran ciertos, y aceptó únicamente los relacionados con la edad, la afiliación al ISS y la reclamación junto la respuesta negativa. Propuso las excepciones de: errónea e indebida aplicación del art. 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, inexistencia del derecho a la pensión, improcedencia al pago de costas 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, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen de la demandante, teniendo como válidamente afiliada a la activa al RPMPD, por ende, condenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones, incluyendo los rendimientos financieros y bonos pensionales; así mismo condenó a Colpensiones a reconocer a la demandante, la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, a partir del momento en que se demuestre el retiro, con trece mesadas y una tasa de reemplazo del 90% con un IBL de los últimos 10 años o toda la vida laboral, si lo segundo le resulta más favorable, y las costas del proceso a cargo del extremo pasivo.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir S.A., la impugnaron. La entidad pública sostuvo que la carga de la prueba en el tema de la ineficacia del traslado de régimen corresponde a la demandante, lo cual aquí ella no cumplió, máxime que se trata de hechos muy antiguos en donde a las AFP les resulta imposible demostrar la información suministrada en esa época; que los traslados sucesivos sanean cualquier irregularidad, y que la condena en costas no es viable porque ello va en detrimento de las finanzas de la entidad.*

*Por su parte, la AFP Porvenir S.A., adujo que la decisión impugnada vulnera los principios de confianza legítima, indivisibilidad de las normas y sostenibilidad financiera. Con respecto al primero, porque se resta valor probatorio al formulario de afiliación, el cual, para la época del traslado era el único elemento para darle validez a la manifestación del afiliado, adicional al hecho que la actora, conforme lo narró en el interrogatorio, buscó un nuevo traslado dentro del RAIS, lo cual demuestra su satisfacción en ese régimen; que no está de acuerdo con los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, especialmente, que se haya dicho que las cosas se retrotraen al estado original, pues este es un efecto propio de las nulidades que en los términos de la CSJ no se declaran dentro de estos procesos, pero que, en gracia de discusión, si el efecto fuese retrotraer las cosas a su estado original y se tuviera que aplicar el art 1746 del CC, como en efecto se hace, se incumplió el principio de indivisibilidad de las normas, en el*

*entendido que la demandante también se obliga a restituir los ejercicios financieros; que se presenta un enriquecimiento sin justa causa, al ordenarse la devolución, incluso de los gastos de administración a cargo del patrimonio de la entidad, desconociendo que es una situación consolidada, lo cual afectaría derechos de terceros, como es el caso de la aseguradora y no tiene fundamento normativo que éstos sean trasladados de su propio matrimonio. Por último, solicitó que no se le condene en costas.*

### 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados por la entidad pública.*

#### 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 a la AFP demandada quien tienen 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.*

*Además, sobre la inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, es un criterio pacífico de la jurisprudencia laboral en este tipo de casos, incluso en aquellos eventos en donde el demandante en sus hechos se refiere tanto a*

*negaciones indefinidas como aquellas que no tienen esa característica. Explicó la Corte:*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)*

*Entonces, frente a las manifestaciones de la demandante, relacionadas con que la AFP inicial jamás le suministró información veraz, clara, completa, pertinente, suficiente, acorde con su caso particular, le correspondía a dicha demandada acreditar lo contrario por cuenta de su posición dominante como ente administrador que conserva la información y los detalles de las afiliaciones.*

*Ahora, 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la*

*validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 Colmena, luego ING, y hoy Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido en agosto de 1997. Precizando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligada a suscribir el formulario de traslado, porque las asesoras de la AFP Colmena hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y, posteriormente, hizo su traslado a Porvenir S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que se le hicieron sobre la extinción del ISS, pero que no le informaron nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS.*

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

*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 Colmena hoy Protección S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que*

*constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación 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, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que la trabajadora confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus, además de esbozarles ventajas generales, pero sin su materialización al caso particular, y con el agravante de que para esa época, la activa era beneficiaria del régimen de transición por la edad, dado que, contaba con 38 años, lo cual ameritaba un detenimiento por parte de la entidad a la hora de proceder a un traslado, en razón a que, la trabajadora podía perder ese beneficio legal, lo cual no aparece probado.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración que lo deja sin efectos, esto es, como si nunca hubiera existido, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días*



*hábil*s 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.”*

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1997, era obligación de la AFP Colmena hoy Protección S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

*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 las 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, o si tenía una expectativa pensional, 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.*

*Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, **o el traslado entre administradoras del RAIS**, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.*

*Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado (CSJ SL5686-2021). También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

---

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

*De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:*

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

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

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia o 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 la AFP pertinente, incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, advirtiendo 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). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

## EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

## MODIFICACIÓN-EFECTOS

*Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, las órdenes en materia de los efectos resultaron incompletas, lo cual puede afectar eventualmente a Colpensiones en ese punto. Así que, a efectos de evitar controversias futuras y hacer más precisa la orden de condena, como quiera que en este punto fue generalizada, se modificará la decisión de primera instancia, en tanto que la declaratoria de ineficacia obliga a la AFP demandada, a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el RPMPD. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

*Así mismo, se adicionará la decisión de primer grado, en el sentido de condenar a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos. Para lo cual, también tendrá 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

#### *PENSIÓN DE VEJEZ*

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

*Ahora, dicho lo anterior, por cuenta de la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, la misma no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tampoco se vio afectado para su caso particular en virtud de lo dispuesto en el A. L. 01 de 2005, pues, si bien cumplió la edad mínima en el año 2013, tenía más de 750 semanas para la fecha de entrada en vigencia*

*de esa reforma constitucional y podía extender ese beneficio hasta el año 2014, como lo determinó el juzgador de primer grado.*

*En tal sentido, la demandante tiene derecho a que su pensión de vejez esté gobernada por el régimen de transición lo cual habilitaba la aplicación de los requisitos de edad, tiempo y monto del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al que estaba afiliada desde antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.*

*Entonces, la activa cumplió los 55 años de edad, el 30 de marzo de 2013, y según el historial laboral emanado de Colpensiones así como de Porvenir SA, para dicha calenda, superaba las 1000 semanas (676 al RPMPD y 805.42 al RAIS), presupuestos exigidos por el artículo 12 del citado Acu 049, para generar la prestación; solo que, tal como se advierte en los términos de los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto no se tiene certeza de su retiro del sistema, pues, aunque aparece en la historia laboral de Porvenir S.A., una última cotización de mayo de 2020, ello coincide con la época en que se empezó a tramitar la demanda.*

*Téngase en cuenta que, el citado artículo 13 del Decreto 758 de 1990, señala que «La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo» y el artículo 35 del mismo reglamento dispone que «Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión» (Subrayas de la Sala).*

*Así las cosas, acertó el a quo al ordenar a Colpensiones reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional, una vez demuestre el retiro del Sistema General de Pensiones, y que ésta sea liquidada en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.*

*Finalmente, respecto de las costas, las mismas son el resultado del proceso, donde las administradoras que se opusieron a las pretensiones resultaron vencidas. En esta instancia se imponen costas a la recurrente Porvenir S.A., y sin costas por el grado jurisdiccional en favor de Colpensiones.*

*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 tercero de la sentencia apelada y consultada., en el sentido de condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual se le concede a Porvenir S.A., el término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para que, ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

**Segundo.-** *Adicionar el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación del demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos. Para lo cual, también tendrá 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

**Tercero.-** *En todo lo demás se confirma, por las razones expuestas.*



**Cuarto.-** Costas como se indicó en la parte motiva. Se fijan como agencias en derecho a cargo de Porvenir S.A., la suma de \$ 800.000, oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

MILLER ESQUIVEL GATTAN  
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 DEL PILAR SARMIENTO PLAZAS 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 veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*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 Porvenir S.A, y Colpensiones, contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en grado jurisdiccional de consulta frente a la entidad pública.*

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

*DEMANDA*

*María del Pilar Sarmiento Plazas, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por las AFP demandadas, en consecuencia, se*

*condene a dichas administradoras a la devolución a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, comisiones y, en general todo lo que fue entregado por cuenta de ese traslado, así mismo, cualquier condena que resulte de la aplicación de las facultades extra y ultra petita, más las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 4 (C.D. archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el 15 de abril de 1960; que se afilió al ISS el 15 de abril de 1994, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1999, para un total de 190,14 semanas; que el 6 de junio de 2002, suscribió formato de afiliación a la AFP Santander hoy Protección S.A, efectivo a partir del 1° agosto del mismo año; que para ese momento no recibió por parte de la AFP Santander, la asesoría que se requería para que de manera informada tomara una decisión libre y consciente, pues no se le informó sobre las ventajas y desventajas, la diferencia entre regímenes entre otros aspectos importantes en su caso específico, incumpliendo así con el deber de información; que el 4 de junio de 2003, suscribió formato de afiliación con la AFP Porvenir S.A., quien tampoco cumplió con el deber de información; que el 20 de septiembre de 2019, mediante radicado No. 2019\_12757006, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, sin embargo, la entidad lo negó mediante respuesta del 24 de septiembre de 2019; que, el 13 de noviembre de 2019, elevó a Protección S.A., solicitud de nulidad de la afiliación, quien la negó mediante respuesta del 18 de ese mismo mes y año; que, el 20 de septiembre de 2019, elevó petición a Porvenir S.A., solicitando la nulidad de la afiliación, pero el 10 de octubre de 2019, la respuesta también fue negativa; que el mismo 20 de septiembre de 2019, le solicitó a Porvenir una simulación pensional, quien le indicó que su mesada pensional quedaría en \$828.116 al llegar a los 61 años.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Porvenir a través de escrito incorporado a folios 2 a 23 (C.D. archivo 05), adujo que no eran ciertos los hechos y otros no le constaban, además de precisar que, solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación*

*de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; y que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015; que ello es importante, pues la demandante pretendía imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP. Asimismo, que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, razón por la cual consideraba que era válida la afiliación al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

*Protección S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 3 a 32 (C.D. archivo 06); en cuanto a los hechos acepto los referentes a la data de natalicio de la demandante, la suscripción del formulario de afiliación con la AFP Santander, la petición de nulidad de afiliación a Protección S.A. y la negativa a ésta. Explicó, que a la demandante se le aclaró la diferencias entre regímenes y, en ese sentido, no podía hablarse de ventajas o desventajas, ya que simplemente la favorabilidad de pertenecer a uno u otro va a depender de cada caso en particular y de las expectativas pensionales de cada afiliado, en ese orden, precisó que, la asesoría suministrada a la actora fue objetiva e integral, donde se le puso de presente las características de ambos regímenes y las diferencias, por lo que correspondía a la actora realizar, de acuerdo con toda la información recibida su propio juicio de conveniencia o favorabilidad que finalmente la llevó a elegir a esa administradora en forma libre, voluntaria e informada, plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación.*

*Como medios de defensa propuso las excepciones de: 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 y traslado de aportes.*

*Colpensiones, a su vez dio contestación a libelo oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 3 a 43 (C.D. archivo 08); en cuanto a los hechos manifestó ser cierto la data de natalicio de la demandante; que la demandante se afilió al ISS el 15 de abril de 1994, la solicitud elevada por la demandante de traslado de régimen y la respuesta negativa de Colpensiones ante esta solicitud de traslado de régimen. Como excepciones de mérito propuso: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e 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). Declaró la ineficacia del traslado a la AFP Santander hoy Protección S.A., el 6 de junio de 2002, y consecuentemente, la vinculación realizada a Porvenir S.A., del 4 de junio de 2003, por lo tanto, condenó a esta última, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, y ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación del 15 de abril de 1994, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la pensión a futuro de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el fallo. Finalmente condenó en costas a las AFP del RAIS.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Porvenir S.A., sostuvo que era equivocado que toda la responsabilidad recayera sobre ella, concretamente, el deber de dar información acerca de las consecuencias del cambio en el régimen de pensiones, pues no era excusa para que la demandante por su cuenta hubiera indagado sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, adicionalmente al hecho de que la decisión tomada por la demandante se hizo en forma consiente, ni presiones de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues, antes de que aquella adoptara la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, también suscribió el formulario de vinculación el cual cumplía con los requisitos de ley y fue probado por la entonces Superintendencia Bancaria, como también el hecho de que, al suscribir la solicitud de vinculación con la cual se concretó el traslado del régimen, manifestó de forma expresa que lo hacía de forma voluntaria y libre, por ende, se podía concluir, que la demandante contaba con la información necesaria, para la decisión de traslado.*

*Precisó, que solo hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, 2071/2015 y la ley 1748/2015, que las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para los afiliados como para el público en general, por otro lado, que tampoco se compartían los argumentos que la condenaron a la devolución de los gastos destinados a la administración, porque, esas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió cabalmente su cometido en el período que la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, de tal suerte que, esas sumas no se encuentran en su poder, pues fueron destinados a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento de esos recursos.*

*Colpensiones sostuvo que la demandante no tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues aquella no es beneficiaria del régimen de transición, como tampoco contaba con una expectativa legítima al momento de ese traslado, además de no haber acreditado un vicio en el consentimiento, por el contrario, el traslado se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, lo cual se acredita con la suscripción de los diferentes formularios de*

*afiliación al RAIS. Agregó que, en caso de mantenerse la condena, se ordene a la AFP Porvenir S.A., que garantice el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, esto es, recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual y, así mismo, no le sea permitido descontar ninguna suma de dinero por conceptos de seguros de invalidez o muerte, además de que esos valores deben indexarse. Por último, solicitó que no se le condene en costas en ninguna de las instancias.*

### CONSIDERACIONES

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

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quien tienen 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 manifestaciones como: “mi representada no recibió por parte de la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., la asesoría que se requería para que de manera informada tomara una decisión libre y consciente (...) al momento de la afiliación no le informó (...) sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen (...) al momento de la afiliación, no le informó (...) la afectación sobre su mesada y bono pensional (...) no le elaboró a mi representada, una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada (...)”, 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”, 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 1° de febrero de 1995. Precisando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligada a suscribir el formulario de traslado, lo firmó porque creyó en las advertencias que le hizo el asesor de la AFP Santander sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, y que, aunque años más tarde se cambió a la AFP Porvenir, lo hizo porque su empleador le entregó ese formulario, confiando en que no tendría ningún inconveniente para pensionarse allí, pero que un día se acercó al organismo para averiguar por el monto de su pensión, en*

*donde se le informó que tan sólo sería de un mínimo legal, con lo cual quedó totalmente decepcionada.*

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

*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 Santander hoy Protección S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que la trabajadora confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen*

*pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 a la AFP Santander hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

*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.”*

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco*

*regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 2002, era obligación de la AFP Santander hoy Protección S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

*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, o si tenía una expectativa pensional, 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.*

*Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, **o el traslado entre administradoras del RAIS**, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones*

*concierno 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.*

*Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).*

*También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, como en este caso ocurrió, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

---

<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.

*modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

*Adicionalmente, no puede separarse el tipo de emolumentos que son consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de esa declaración principal, pues se trata de elementos que hacen parte de un todo, y por ello, la imprescriptibilidad es aplicable a esos puntos.*

#### **COSTAS**

*Finalmente, sobre el argumento de Colpensiones, relacionado con las costas, cabe agregar que, en la primera instancia el juzgador no las impuso a esa administradora, pese a su oposición a las pretensiones de la demanda, y en todo caso, como ese punto no fue objeto de apelación por la parte actora, con interés para reclamar ese aspecto, en consulta no es viable imponer esa condena a la entidad.*

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

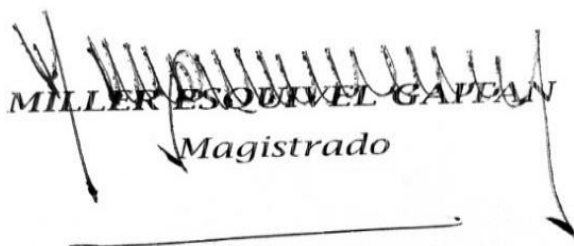
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada, por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.*

*Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de la demanda recurrente AFP Porvenir S.A.. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia en favor de la demandante.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. W. González Zuluaga', with a stylized flourish at the end.

*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 JAIME SOLANO BÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA  
DE PENSIONES – COLPENSIONES - Y COLFONDOS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado contra la sentencia proferida el 13 de enero de 2022, 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*

*Jaime Solano Báez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por esta última, en consecuencia, se condene a dicha AFP, a*

*devolver a Colpensiones la totalidad de lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos respectivos y las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones adujo que nació el 25 de noviembre de 1954; que empezó a cotizar al entonces ISS hoy Colpensiones, a partir del 1° de junio de 1981; que el 30 de enero de 1999, se trasladó al RAIS, por cuenta de una asesora de ventas de la AFP Colfondos, quien se acercó a las instalaciones del empleador, informándole a un grupo de trabajadores, que si se cambiaban de régimen pensional, allí podían obtener mejores beneficios pensionales, tales como un monto superior, a la edad que quisieran, además que la prestación se reconocería de manera vitalicia; que no obstante, la asesoría suministrada no fue veraz, clara, completa, suficiente y oportuna; que al percatarse del error cometido, el 26 de noviembre de 2019, elevó solicitud tanto a Colpensiones como a Colfondos S.A., para regresar al RPMPD, pero dichas entidades la negaron; que se siente defraudado ante el incumplimiento de los deberes de información por parte de la AFP Colfondos S.A.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones, para lo cual argumentó que, contrario a lo manifestado por el demandante, le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; que también le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. Frente a los hechos adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones de mérito las de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción,*

*buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier irregularidad y la genérica o innominada.*

*Por su parte, Colpensiones también se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por la AFP Colfondos S.A., sin ningún vicio del consentimiento tales como “error, fuerza o dolo”, máxime cuando se demuestra la plena voluntad y libertad de escogencia del demandante al momento de decidir trasladarse de régimen pensional. Frente a los hechos dijo que no le constaban, y sólo aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su inicial afiliación y cotizaciones a esa entidad, el traslado y la reclamación administrativa. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.*

#### *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, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen del demandante, teniendo como válidamente afiliado al actor al RPMPD, por ende, condenó a la AFP, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo capital, intereses, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y, en general, todo lo que haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas. Finalmente ordenó a Colpensiones a recibir dichos recursos y a validar la afiliación del actor en el RPMPD, e impuso costas a las demandadas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Colpensiones la impugnó. Adujo que la ineficacia del traslado de régimen pensional vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que no hay prueba de algún vicio del*

*consentimiento, máxime que, al haber permanecido tanto tiempo en el RAIS, saneó cualquier irregularidad en el acto de traslado que se pudo cometer, y que, por haber actuado de buena fe, no es viable la condena en costas en su contra.*

### 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 la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados.*

#### 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 a la AFP demandada quien tienen 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.*

*Además, sobre la inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, es un criterio pacífico de la jurisprudencia laboral en este tipo de casos, incluso en aquellos eventos en donde el demandante en sus hechos se refiere tanto a negaciones indefinidas como aquellas que no tienen esa característica. Explicó la Corte:*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,*

*esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)*

*Entonces, frente a las manifestaciones del demandante, relacionadas con que la AFP jamás le suministró información veraz, clara, completa, pertinente, suficiente, acorde con su caso particular, le correspondía a dicha demandada acreditar lo contrario por cuenta de su posición dominante como ente administrador que conserva la información y los detalles de las afiliaciones.*

*Ahora, 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido en enero de 1999.*

*Precisando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.*

*Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligado a suscribir el formulario de traslado, porque las asesoras de la AFP hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y posteriormente hizo su traslado a Colfondos S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que se le hicieron sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, pero ahora que se enteró del desmedro en el valor de una futura pensión, se encuentra totalmente decepcionado.*

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

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



*constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que el trabajador confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus, además de esbozarles ventajas generales, pero sin su materialización al caso particular del actor.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

*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.”*

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1999, era obligación de la AFP Colfondos S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

*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 del promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por las 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, o si tenía*

*una expectativa pensional, 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.*

*Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, o el traslado entre administradoras del RAIS, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.*

*Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).*

*También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

*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 ineficacia o nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:*

---

<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.

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

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

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia o 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 Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, advirtiendo 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). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

#### **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA**

*Sobre el argumento de Colpensiones, relacionado con que esa declaratoria de ineficacia del traslado de régimen afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, la Corte también lo ha descartado, al indicar que eso no es acertado, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a dicha entidad serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las*

*reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (SL2877-2020).*

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

#### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

#### COSTAS

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

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.*

#### *ADICIÓN*

*A efectos de evitar controversias futuras y hacer más precisa la orden de condena, como quiera que en este punto fue generalizada, se adicionará la decisión de primera instancia, en tanto que la declaratoria de ineficacia obliga a la AFP demandada, a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el RPMPD. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

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

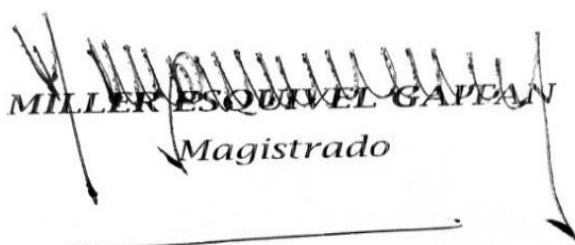
#### *R E S U E L V E*

*Primero.- Adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada., en el entendido de que la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a COLPENSIONES del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle*

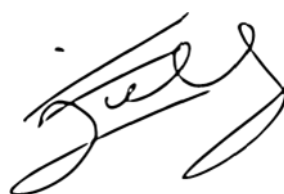
*pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual se le concede a Colfondos S.A., el término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del presente proveído, para que, ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. En todo lo demás se confirma, por las razones expuestas.*

*Segundo.- 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 LÁZARO MALAGÓN MURCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en grado jurisdiccional de consulta frente a los puntos no cuestionados por la entidad pública.*

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

*DEMANDA*

*Lázaro Malagón Murcia, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Porvenir S.A., para que se declare que está válidamente afiliado al RPMDP, administrado por Colpensiones y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., a realizar los traslados*

*de saldos con sus rendimientos a Colpensiones, para integrar el capital suficiente a efectos de obtener la pensión de vejez conforme lo establece la Ley 797 de 2003, a partir del 21 de abril de 2019, fecha de cumplimiento de los requisitos mínimos, cualquier condena de conformidad con las facultades extra y ultra petita, más las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 21 de abril de 1957 y a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 63 años de edad; que estaba afiliado al ISS hoy Colpensiones y realizó sus cotizaciones en forma interrumpida desde el 1° de septiembre de 1975; que al 1° de abril de 1994 tenía 37 años de edad y un equivalente a 764.70 semanas, por ende, era beneficiario del régimen de transición; que Colpensiones, a través de la página web, en febrero de 2020, certificó que había cotizado al sistema un total de 1695 semanas en toda su vida laboral; que, pese a ello, de un momento a otro le resultaron unas afiliaciones al RAIS con la AFP Porvenir S.A., el 6 agosto de 2004, 28 de marzo de 2007 y 25 de abril de 2007, formularios que no fueron firmados por él; que en el reporte de semanas no le figuran las semanas, a partir de octubre de 2017, y en la casilla de observaciones Colpensiones aduce que se encuentra traslado al RAIS; que se presentó ante Colpensiones a solicitar su prestación de vejez pero la entidad le manifestó que no podía recibir la solicitud toda vez que aparecía multiafiliado desde el 25 de abril de 2007; que presentó derecho de petición ante Colpensiones, el 15 de enero de 2020, a través del cual solicitó el traslado de conformidad con las sentencias de constitucionalidad C-1024 de 2004, C-789/2002, 818/2007 y SU 062 de 2010; que Colpensiones respondió el 22 de enero de 2020, manifestando que no era viable ese retorno, pues para ello se requería agotar el trámite ante la Fiscalía General de la Nación; por su parte la AFP Porvenir S.A. le expidió una certificación el día 28 de junio de 2019 donde le manifestó que no se encuentra afiliado en ese fondo, pues realizó las gestiones para devolverlo a Colpensiones por cuenta del traslado irregular.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación, y si bien dijo que eran ciertos los hechos y otros no le constaban, se oponía a las pretensiones por cuanto, una vez revisado el estado de vinculación al Sistema General de Pensiones, se pudo determinar que el demandante estaba*

*afiliado al RAIS, razón por la cual no era procedente registrar su afiliación al RPMPD y, en todo, para que prospere la anulación de ese traslado se requiere de un informe grafológico y declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación previo denuncia e investigación adelantada por dicha entidad, sin que en el asunto se hubiera cumplido. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.*

*Porvenir S.A., dio contestación en forma legal y oportuna. En cuanto a los hechos aceptó únicamente la certificación expedida por esa administradora, en la cual manifestó que el actor no se encontraba afiliado a esa AFP, y la petición del 18 de junio de 2020, en la que el actor solicitó comité de multiafiliación para definir su caso. En cuanto a las pretensiones, adujo que no se oponía, pues de acuerdo con la comunicación remitida al demandante, el 2 de julio de 2020, se le indicó que el conflicto de multiafiliación se había resuelto en favor de Colpensiones, y por ende, se encontraba válidamente afiliado a esa entidad, quien es la que debe responder por el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo. Declaró que el demandante pertenece al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones y, como consecuencia le ordenó a dicha entidad, reactivar de manera inmediata la afiliación, sin solución de continuidad; a su vez, ordenó a Porvenir S.A., que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, y si aún los tiene, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados erróneamente por el demandante o aquellos dineros que por reenvío o devolución de Colpensiones pudieron llegar en algún momento a la AFP. Luego declaró que el demandante tenía derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2020, en mesada inicial de \$914.180 y*

*por trece mesadas al año un retroactivo de \$21.173.320, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1° de enero de 2020 al 31 de octubre de 2021, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, ordenó la indexación de las mesadas pensionales adeudadas desde la exigibilidad de cada una hasta que se realice el pago efectivo.*

### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Colpensiones, interpuso recurso de apelación para que revoque la sentencia emitida por parte del juzgado de instancia, pues, en su criterio, para proceder a anular la afiliación irregular al RAIS del demandante se requería del agotamiento de la denuncia e investigación de la Fiscalía General de la Nación, a efectos de hallar la falsedad. Adujo que, en todo caso, no es viable el reconocimiento de la pensión de vejez en el RPMPD, porque existen aportes o recursos en el RAIS, por cuenta de la afiliación irregular a la AFP Porvenir S.A., los cuales, hasta tanto no se trasladen, no es posible analizar el cumplimiento de los requisitos de la prestación pensional.*

### *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 la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados.*

### *TRASLADO DE RÉGIMEN*

*Debe recordarse que, el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2° de la L. 797 de 2003, prevé el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. De esa manera, como lo tiene explicado la jurisprudencia constitucional “(...) este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en su primer momento el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley. En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el ámbito irreductible de protección -núcleo esencial- del derecho a elegir libremente se vulnera, cuando se impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o administradora de fondo de pensiones (C. Const.,*

*sentencia de constitucionalidad C- 625 de 1998, reiterada en la sentencia C- 1024 de 2004).*

*No obstante, ese derecho a la libre elección entre regímenes pensionales, no es absoluto, pues, atendiendo a las características de cada uno de ellos, se deben respetar unas reglas mínimas, en cuanto, si bien, el esfuerzo del trabajador y el aporte conjunto con el empleador se ven reflejados en semanas de cotización, ello se materializa en recursos que deben ser administrados con rigurosidad y responsabilidad, a efectos de que en cada uno de esos subsistemas, cumplan el objetivo de financiar las prestaciones económicas correspondientes.*

*En ese sentido, la norma citada introdujo dos condicionamientos para el ejercicio adecuado de ese derecho, como son, un tiempo mínimo de permanencia o carencia y la edad; en tal orden, una persona no puede trasladarse entre un régimen y el otro si no ha transcurrido cierto tiempo, lo cual ha oscilado entre los tres (3) y los cinco (5) años, esto último que es lo que se exige actualmente, y finalmente, puede el interesado ejercer tales cambios, siempre y cuando no le falten menos de diez (10) años para cumplir la edad que se exige en el RPMPD.*

*Entonces, un trabajador se encuentra válidamente afiliado sino se ha coartado su derecho a la libre elección, la cual prohíbe al empleador o a la administradora de fondos de pensiones obligar a una persona a afiliarse o trasladarse, lo que a su vez se traduce en el hecho, no sólo de brindar información y asesoría, sino también abstenerse de ejercer presión, actuar punitivamente y contrario a derecho, al suplantar al titular, incluir datos falsos, engañar para obtener un provecho indebido, sustraer información de la persona sin su consentimiento, diligenciar formularios de manera irregular, entre otra serie de situaciones, que dan a entender que el trabajador no prestó su consentimiento para elegir entre alguno de los regímenes pensionales existentes.*

*Ahora, frente a este tipo de eventos, por tratarse de situaciones ajenas a la multi vinculación, es decir, algo totalmente diferente a la afiliación simultánea a los dos regímenes existentes, los cuales son incompatibles entre sí, se puede solucionar con un diálogo directo entre la administradora responsable de la irregularidad y el usuario, sin que la administradora del régimen contrario pueda oponerse, o si lo hace, debe aportar las pruebas pertinentes y las objeciones respectivas, con el*

*fin de dar garantía del derecho al debido proceso, lo anterior, por cuanto se parte de la base, que las administradoras de pensiones no sólo se encargan de reconocer las prestaciones económicas, sino igualmente, su responsabilidad con la naturaleza de la información que se consigna en las historias laborales, los formularios de afiliación y traslado, las solicitudes de inclusión y corrección de novedades, entre otros supuestos, en los cuales se consigna la identificación e individualización del trabajador, también sus beneficiarios, y demás información relevante, que en sí, se erigen en datos personales, cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la Ley 1581 de 2012, respecto del manejo de las bases de datos y archivos que incluyen información de esas características.*

*Entonces, si la administradora de pensiones encuentra un error o irregularidad, con mayor razón, si es el propio usuario el que lo ha advertido y solicita su corrección, ésta debe proceder a su subsanación, lo cual puede implicar en un momento dado, que la solicitud de afiliación o traslado con esas falencias pierda efectos jurídicos o como si nunca se hubiera materializado, procediendo a devolver o retornar los dineros que por concepto de aportes o cotizaciones se realizaron equivocadamente o se trasladaron sin la plena observación e información del afiliado.*

*Dicho lo anterior, encuentra la Sala, que el actor adujo que se vio sorprendido de un traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A., por cuenta del diligenciamiento y firma de tres formularios, esto es, en agosto de 2004, y marzo y abril de 2007, los cuales fueron aportados con el escrito de demanda, y pese a que la susodicha AFP subsanó el error al dejar sin validez tales afiliaciones, Colpensiones se niega a aceptar su vinculación al RPMPD, porque en su criterio, se requiere del adelantamiento de un trámite ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, que determine la falsedad de los documentos firmados.*

*Como se indicó en líneas precedentes, y tal como lo explicó la juez de primera instancia, para hallar una irregularidad en el traslado de régimen pensional, y otorgarle todos sus efectos jurídicos, no se requiere necesariamente de una decisión penal, como si se tratara de una especie de pre-judicialidad, en donde, para hacer valer el derecho a la seguridad social de rango constitucional, materializado en el acto de afiliación o traslado, se requiera de la calificación de una conducta punible, porque basta con identificar los hechos expuestos, en*

*donde claramente se observa que, en un mismo año existen dos solicitudes de traslado por el mismo trabajador y a la misma AFP, que, además de sospechosa, resulta inviable, pues, la solicitud del trabajador con ese propósito sólo puede ser única al tener de lo previsto por el D. 692 de 1994 en sus artículos 11 y siguientes; y si, adicionalmente, frente a la manifestación del trabajador de nunca haber consentido esa afiliación, la AFP Porvenir S.A., la aceptó, entonces no cabe la objeción infundada de Colpensiones de negarse a aceptar su afiliación en el RAIS, como si nunca se hubiera dado el traslado, ante la evidente vulneración del derecho a la libre elección de régimen pensional ocasionado al demandante.*

*En ese orden, como la afiliación real y verdadera del actor es con el RPMPD, a Colpensiones le corresponde asumir el reconocimiento pensional solicitado por el actor, sin que para ello y previamente sea necesario que la AFP Porvenir S.A., traslado el saldo de la cuenta individual, dado que, ello no interfiere en la verificación de los requisitos previstos en la ley, pues el tema de los aportes o cotizaciones se ven reflejados en la historia laboral, la cual, es única, y el tema de los recursos por cuenta de esos aportes, hace parte de las gestiones administrativas entre administradoras, que debe resolver en los términos legales sin afectar al beneficiario de la prestación pensional, y sin que en todo caso, esa objeción de la entidad pública tenga asidero en este caso, porque la AFP Porvenir S.A., acorde con la documental aportada en su contestación dio cuenta del traslado de los recursos que se alcanzaron a realizar entre julio de 2004 a marzo de 2010, y si existen saldos adicionales, tal como lo precisó la a quo, la AFP deberá hacer los trámites pertinentes para su devolución a Colpensiones.*

### *PENSIÓN DE VEJEZ*

*Se debe analizar, si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición. En ese sentido, cabe recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir*

*de manera disyuntiva el requisito de edad “40 años para el caso del hombre” o el de tiempo de servicios cotizados “15 años de servicios o cotizaciones”.*

*Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.*

*El señor Lázaro Malagón Murcia nació el 21 de abril de 1957, lo que significa que al 1° de abril de 1994, (fecha en la cual empezó a regir la Ley 100 de 1993), tenía 37 años, luego por edad no cumplía con el supuesto para acceder a la transición, y en cuanto al tiempo de servicios o semanas cotizadas, acorde con la historia laboral que obra en el informativo, el actor cotizó para esa data, 764.13 semanas, esto es, que cumplió con dicho requisito. Siguiendo el reporte de semanas cotizadas aportado, desde el 1° de septiembre de 1975 hasta el 31 de julio de 2005, el accionante cotizó 1.307,81 semanas, es decir logró superar el mínimo de 750 semanas que exige la excepción planteada en el Acto Legislativo 01 de 2005, por ello, en principio, la pensión de vejez con el acuerdo 049 de 1990, aprobado con el decreto 758 de igual año, se extendería hasta el 2014, pero el actor cumplió los 60 años exigidos con esa norma, en abril de 2017, lo que significa que, finalmente no alcanzó a causar el derecho con la transición.*

*Entonces, como el accionante no conservó el régimen que le permitía acceder al derecho pensional con el acuerdo 049 de 1990, su caso debe ser estudiado con el*



*régimen general de la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003, que dispuso que hasta el 31 de diciembre de 2013, se conservaba la edad para acceder a la pensión en 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, pero a partir del 1° de enero de 2014, las edades para el reconocimiento de la pensión aumentaron a 62 y 57 años respectivamente, y en cuanto a las semanas cotizadas o su equivalente en servicios, a partir del año 2005 se exigen 1050 semanas aumentando cada año 25 semanas adicionales hasta llegar a las 1300 para el año 2015.*

*En el caso debatido, es claro que para el 2017, fecha en la cual el actor cumplió los 60 años, se exigían 1300 semanas de cotización, las que con suficiencia completó, pues en total registra 2.048,71, que corresponden a las 1.695 válidamente registradas por Colpensiones y las 353.71 efectuadas equivocadamente al RAIS, que la entidad pública, pese a haberlas registrado en la historia laboral, no les dio validez.*

*En consecuencia, tal como lo dispuso la primera instancia, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión, a partir del 1° de enero de 2010, día siguiente al de la última cotización, por cuanto de esa circunstancia, se puede inferir la vocación del actor de no continuar cotizando al sistema, para aplicar en ese sentido la tesis de que para el reconocimiento de la prestación por vejez se hace necesaria la desafiliación del régimen para que el afiliado pueda entrar a disfrutar de la misma, conforme con lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al asunto por cuenta del art. 31 de la L. 100.*

*El ingreso base de liquidación que realizó el juzgado está conforme con lo previsto en la normativa aplicable, esto es, en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, pues se efectuó la operación tanto con los ingresos de toda la vida laboral como con el promedio de los últimos diez años, de lo cual adoptó el más favorable, aplicando adicionalmente, el monto decreciente previsto en la norma.*

*Cabe precisar, que como el demandante no solicitó el reconocimiento de intereses moratorios, es viable en su defecto, la indexación del retroactivo generado a la fecha de su pago efectivo, tal como lo dispuso la primera instancia, dado que, un*

*reconocimiento tardío, implica una desvalorización que, con esta figura jurídica es posible compensar a quien la sufre.*

### *PRESCRIPCIÓN*

*Por último, la excepción de prescripción tampoco estaba llamada a prosperar, pues, entre la fecha de exigibilidad de la pensión y la petición de reconocimiento no transcurrieron más de 3 años, lo cual se acompasa con la fecha de radicación de la demanda, del 8 de julio de 2020, y la notificación a la pasiva, en septiembre de esa misma anualidad.*

### *APORTES A SALUD*

*De igual manera, resulta acertada la decisión de primer grado al ordenar a la demandada que descuenta del retroactivo pensional, los aportes a que haya lugar con destino al Sistema General de Seguridad Social en salud, con destino a la EPS a la cual esté afiliado el actor, conforme lo previsto en los artículos 143 de la ley 100 de 1993 y 42 inciso 3.º del decreto 692 de 1994; sin olvidar que, en todo caso, desde la sentencia CSJ SL1169-2019, se precisó que no se requiere autorización judicial para realizar los descuentos sobre la mesada pensional, para cubrir los aportes con destino al sistema de salud.*

### *COSTAS*

*Pese a que en esta instancia se estudió el problema jurídico mediante el grado jurisdiccional de consulta, el recurso que interpuso Colpensiones le fue adverso, por ende, se le impondrán costas.*

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

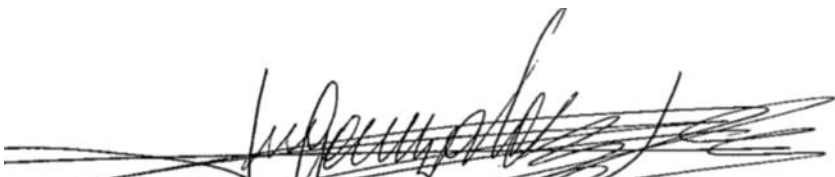
### *R E S U E L V E*

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

*Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de la recurrente. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de \$ 800.000,00 como agencias en derecho.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE FABIO NELSON ALFONSO JARAMILLO CONTRA EIA TEC SAS

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

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

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres 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

*Fabio Nelson Alfonso Jaramillo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Eiatec SAS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 8 de enero de 2014 al 16 de septiembre de 2016, el cual terminó por renuncia del trabajador. En consecuencia, se condene al pago de salarios insolutos, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de*

*servicio legales y convencionales, vacaciones, sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, sanción por no consignación del auxilio de cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la indexación de las sumas; junto con lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 22 y 23, en los que en síntesis se indicó que: el 8 de enero de 2014 fue vinculado por la pasiva mediante contrato de trabajo; el 16 de septiembre de 2016 presentó renuncia como consecuencia del impago de salarios de junio a septiembre de 2016; a la finalización del vínculo la sociedad accionada no pagó la liquidación de salarios y prestaciones; Eiatec SAS ha realizado los siguientes abonos: 22 de septiembre de 2016 \$3.189.521,00, 15 de octubre de 2016 \$3.189.521,00, 2 de diciembre de 2016 \$1.690.000,00, 13 de julio de 2017 \$3.000.000,00; esos abonos no cubren el valor total de lo adeudado; la demandada siempre ha actuado de mala fe en la búsqueda de evadir sus obligaciones laborales.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Eiatec SAS dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 62 a 74); en cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo y los pagos parciales realizados; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia en la causa para la declaración de contrato de trabajo, incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 66 del CST, inexistencia en la causa para el reconocimiento de obligaciones laborales causadas con posterioridad al 16 de septiembre de 2016, ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones en la solicitud de la indemnización moratoria y el pago de salarios sin solución de continuidad, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones en la solicitud de reconocimiento de renuncia a partir del 16-09-2016 y el pago de salarios y prestaciones sociales sin solución de continuidad con posterioridad al 16-09-2016, prescripción de los intereses de cesantía del año 2014, pago, buena fe e improcedencia de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, e improcedencia de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por admisión al proceso de reorganización de pasivos de Eiatec SAS.*

## 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. 99) en la que condenó a Eiatec SAS en Reorganización a pagar al actor \$2.902.000,00 por concepto de salarios adeudados y \$5.230.747,00 por prestaciones sociales. Condenó a la sociedad accionada a pagar al accionante la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, desde el 23 de septiembre de 2016 y hasta el 16 de mayo de 2018, fecha en que solicitó la apertura del proceso de reorganización, teniendo en cuenta un salario diario de \$106.317,00. Por último, condenó en costas a Eiatec SAS en Reorganización.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que no existe prueba de que su actuar estuviese revestido de mala fe al no pagar los salarios y prestaciones sociales al demandante. Agregó que la buena fe se presume, por lo que correspondía al extremo pasivo demostrar el actuar de mala fe, lo cual no hizo; por el contrario, quedó acreditado que su situación económica la obligó a entrar en proceso de reorganización, lo que le impidió cumplir con sus obligaciones.*

## CONSIDERACIONES

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

### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - SUMAS ADEUDADAS

*No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 8 de enero de 2014 al 16 de septiembre de 2016, que terminó por renuncia del trabajador, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de arqueólogo. De igual manera, quedó establecido que Eiatec SAS en Reorganización adeuda a Fabio Nelson Alfonso Jaramillo \$2.902.000,00 por*

*concepto de salarios adeudados y \$5.230.747,00 por prestaciones sociales. Lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo (fls. 12 a 14), la liquidación final de salarios y prestaciones sociales (fl. 15), la certificación laboral expedida el 20 de septiembre de 2016 (fl. 16), así como en lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.*

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA – CRISIS ECONÓMICA DEL EMPLEADOR**

*La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que el extremo demandante no demostró que su actuar estuviese revestido de mala fe y, por tanto, no hay lugar a imponer condena al pago la sanción moratoria.*

*Pues bien, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria. Así, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es, probar que actuó de buena fe, la cual no se presume. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma [art. 999 de la ley 50 de 1990], al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".*

*Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por*

*expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes, sino que es, como bien lo define el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en su Curso de Derecho Laboral, la buena fe lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. "Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Conlleva la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción", destacando que este principio alcanza a ambas partes del contrato y no sólo a una de ellas.*

*En el sub examine, alega la parte recurrente que no pagó las prestaciones laborales a la terminación del vínculo laboral, toda vez que atravesaba por una crisis económica y financiera que le impidió cumplir con sus obligaciones, situación que dio lugar a la apertura de un proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, lo que se acredita con el auto de fecha 7 de junio de 2018 (fls. 47 a 54). Circunstancia que no prueba la buena fe en el actuar del empleador, que lleve a la exoneración de la sanción en estudio, toda vez que ello es un riesgo que debe asumir el empleador y no el trabajador, puesto que el trabajador no asume las consecuencias de los riesgos o pérdidas del empleador (art. 28 del CST). Al efecto, vale la pena traer a cuento lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado No. 37288 en la que recordó que:*

*"...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.*

*De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí*



*misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)”*

*El anterior criterio fue reiterado en la sentencia SL845 del 17 de febrero de 2021, en la que, además, señaló que la crisis financiera de la empresa no constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones, “dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales”; sin que la sociedad accionada hubiese cumplido con esta carga probatoria.*

*Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión recurrida.*

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

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

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

**Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$400.000,00, por concepto de agencias en derecho.

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMENZA SALAZAR BUSTACARA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*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 19 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno 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*

*Carmenza Salazar Bustacara, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., en consecuencia, se condene a Provenir S.A., a devolver a Colpensiones el capital cotizado, el bono pensional junto con sus rendimientos, y a ésta última a recibir y aceptar el capital.*

*Finalmente, pide se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, lo ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 (C.D. archivo 002), en los que en síntesis se indica que: entre el 30 mayo de 1991 y marzo de 1996, estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social, con la convicción de ser esta entidad más estable para manejar su pensión, por lo que, para esa fecha acumuló un total de 22 semanas cotizadas en el Instituto del Seguro Social; que, para 1996, cuando laboraba en la Empresa Idealtour LTADA, los asesores de la AFP Porvenir S.A le presentaron ese fondo con el argumento según el cual, el ISS se iba a liquidar y perdería lo aportado; que los asesores le ofrecieron el beneficio de intereses altos en sus aportes y que podía sacar dinero en cualquier momento ya que era un ahorro “dinero efectivo”; que en ningún momento le indicaron desventajas o un comparativo entre los dos regímenes; que no le indicaron que podría cancelar o anular su traslado en un tiempo prudente; que tiene un total de 1315 semanas cotizadas a agosto del 2020, en el Sistema General de Pensiones; que el 23 de septiembre de 2020, radicó derecho de petición con radicado 2020\_9456343, ante Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado del régimen y, como consecuencia, que se retornara al sistema de reparto simple, de lo cual obtuvo respuesta negativa, el 1° de octubre de ese mismo año; que, el 22 de septiembre de 2020, radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A solicitando se declare la nulidad y se retorne del RPM, con respuesta negativa del 16 de octubre de 2020; que la AFP Porvenir S.A., realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida, arrojando una mesada equivalente al salario mínimo, en comparación con la liquidación efectuada en Colpensiones, que arrojó una mesada correspondiente a \$2.134.977.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones a través de escrito incorporado a folios 2 a 17 (C.D. archivo 009) manifestó ser ciertos los hechos referentes a la afiliación de la demandante al ISS, la totalidad de semanas cotizadas, la presentación del derecho de petición y su respuesta negativa. Incoó como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe e innominada o genérica.*

*Protección S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 02 a 22 (C.D. archivo 010); en cuanto a los hechos aceptó que, para octubre de 1994 (según SIAFP), los asesores de ING hoy AFP Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional a la demandante, frente a los restantes manifestó no ser ciertos o 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 e innominada o genérica.*

*A su vez Porvenir S.A., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 02 a 26 (C.D. archivo 017); en cuanto a los hechos aceptó lo relacionados con la afiliación a ese fondo, la respuesta negativa a la solicitud de nulidad y la simulación pensional. Como excepciones de mérito 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen de la demandante, teniendo como válidamente afiliada a la activa al RPMPD, por ende, condenó a la última administradora del RAIS, esto es, Porvenir S.A., previa devolución de Protección S.A., de las sumas de dinero que descontó por concepto de gastos de administración y seguros de los aportes, a trasladar a*

*Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositada en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros. Finalmente ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, e impuso costas a las AFP demandadas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión de la a quo, los apoderados del extremo demandado la impugnaron: para Colpensiones, la demandante no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media, por un lado, en consideración a que se encuentra dentro de la limitación que trae la L. 797 de 2003, al faltarle menos de diez (10) años para adquirir el estatus pensional por edad, y por el otro, porque, de conformidad con lo manifestado en el interrogatorio de parte, permaneció bastante tiempo en el RAIS, con lo cual, sus diversos movimientos demuestran la intención de permanecer en ese régimen.*

*Protección S.A., indicó que, la comisión de administración en la prima del seguro previsional es un descuento autorizado en la ley previamente establecido en la ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo séptimo de la ley 797 del 2013, que utilizó tanto para ayudar a apalancar los rendimientos, así como ayudar a garantizar un riesgo a través de un tercero, por ende, no es viable ordenar la devolución de esas sumas de dinero, además de que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Agregó, que esos emolumentos han caído bajo la figura de la prescripción porque no necesariamente tienen que ver con la pensión.*

*Finalmente, Porvenir S.A., sostuvo que era improcedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, porque no se demostró un vicio en el consentimiento. Indicó, que la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración y prima de real seguros, no es viable porque se trata de conceptos tienen una destinación específica, que se encuentra prevista en el artículo 20 de la L. 100 de 1993, por ende, se trata de sumas de dinero que cumplieron su propósito, y por ello, no se encuentran en su patrimonio.*

## CONSIDERACIONES

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

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quien tienen 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 manifestaciones como: "(...) los asesores de la AFP (...) no le brindaron información sobre las ventajas y desventajas de pertenecer a un régimen u otro (...) que los asesores (...) en ningún momento le indicaron las desventajas o un comparativo entre los dos regímenes (...) que los asesores (...) no le indicaron que podría cancelar o anular su traslado en un tiempo prudente (...)", 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", 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 Colmena hoy Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 14 de octubre de 1994. Precizando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligada a suscribir el formulario de traslado, porque los asesores de la AFP hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y posteriormente hizo su traslado a Porvenir S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que le hizo el asesor sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, pero ahora que se enteró del desmedro en el valor de una futura pensión, se encuentra totalmente decepcionada.

Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas

*en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

*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 Colmena hoy Protección S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que la trabajadora confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó*

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

*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.”*

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1994, era obligación de la AFP Colmena hoy Protección S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

*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 las 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, o si tenía una expectativa pensional, 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.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, **o el traslado entre administradoras del RAIS**, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.

Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).

También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando

*se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, como en este caso ocurrió, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

---

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

*nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo los argumentos de las AFP demandadas, 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. De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:*

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

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

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

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

#### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

*Adicionalmente, no puede separarse el tipo de emolumentos que son consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de esa declaración principal, pues se trata de elementos que hacen parte de un todo, y por ello, la imprescriptibilidad es aplicable a esos puntos.*

*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

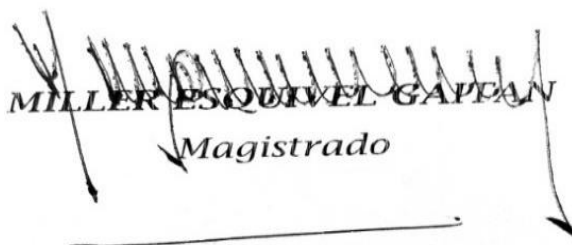
*Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas.*

*Segundo.- Costas de esta instancia a cargo de las demandas recurrentes AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de*

*\$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia en favor de la demandante, por cada una de las demandadas.*

*Notifíquese legalmente a las partes.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado



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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE YOLANDA MARÍA FARFÁN DE CABALLERO CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27 días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno 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*

*Yolanda María Farfán de Caballero, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, efectuado en marzo de 2000, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, y los gastos de administración; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y mantener la afiliación de la actora sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 28 de noviembre de 1961; se afilió al ISS desde el 9 de octubre de 1991 hasta el 31 de marzo de 2000, acumulando un total de 374,86 semanas; en marzo de 2000 fue visitada por unos asesores de Porvenir SA quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el RPMPD; los asesores de la época no le informaron de manera comparativa qué régimen le resultaba más favorable de acuerdo a sus condiciones; el 1° de diciembre de 2020 solicitó ante las demandadas la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, obteniendo respuestas negativas.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el total de semanas acumuladas en el ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones*

*administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha del traslado al RAIS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Porvenir SA, el 24 de marzo de 2000, con efectividad a partir del 1° de mayo de ese mismo año. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, sin deducción alguna por gastos de traslado; concediéndole el término de un mes a la AFP accionada. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la accionante y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que es la ley la que establece las condiciones del traslado y no la jurisprudencia; y concretamente el Código Civil regula lo concerniente a la nulidad y a la ineficacia. Agregó que la decisión de primer grado contraría el principio de confianza legítima, imponiéndole cargas imposibles de cumplir, pues la norma vigente al momento del traslado no exigía*

*requisito diferente al formulario de afiliación, por lo que no corresponde a la jurisprudencia imponer tarifas probatorias. Indicó que, de confirmarse la decisión de primer grado, deben decretarse las restituciones mutuas, pues, al no haber pertenecido al RAIS, no tendrían sustento los rendimientos generados; lo contrario generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante. Dijo que nunca actuó de mala fe, que la actora no presentó negaciones indefinidas, y que no es posible devolver los gastos de administración, dado que fueron descontados por disposición legal. Finalmente, solicitó que también se imponga condena en costas contra Colpensiones.*

*Por su parte, Colpensiones manifestó que el traslado de la accionante se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones. Indicó que resulta desproporcionado invertir la carga de la prueba, máxime cuando tal proceder afecta la sostenibilidad financiera del sistema; y que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar registro documental de la asesoría brindada, por lo que el formulario de afiliación es suficiente para declarar la validez de la afiliación. Dijo que lo perseguido por la demandante con este proceso es obtener un beneficio indebido al ignorar las normas que regulan la movilidad entre regímenes, pues ha permanecido en el RAIS por más de 20 años y ahora pretende sacar provecho de los beneficios ofrecidos por el RPMPD.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.*

*A su turno, el extremo demandante solicitó que se confirme la decisión de primer grado, al no haberse demostrado el cumplimiento en el deber de información por parte de la AFP accionada.*

#### *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar*

*sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - 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, contrario a lo manifestado por Porvenir SA en su apelación, una manifestación del tipo "los asesores de la época no le informaron de manera comparativa qué régimen le resultaba más favorable de acuerdo a sus condiciones", 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 se debió dar por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 24 de marzo de 2000. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La representante legal de la AFP accionada, al absolver interrogatorio de parte, indicó que lo único que le consta es lo que quedó consignado en el formulario de afiliación.*

*Por su parte, la accionante manifestó que en el año 2000 suscribió el formulario de afiliación a Porvenir; el acercamiento del asesor se hizo de manera grupal, mediante una reunión corta; lo único que recuerda que le informaron es que en el fondo privado se podría pensionar a una edad más temprana.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones de la actora sobre la información brindada consistente en que “se podría pensionar a una edad más temprana”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por*

*ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 24 de marzo de 2000, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó*



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

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

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

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

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

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que el presente asunto debe resolverse a la luz de las disposiciones del Código Civil, ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y,*

*por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de*

---

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

*la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que estos dineros fueron descontados por disposición legal, sin que se hubiese acreditado mala fe en su actuar, o que se decreten las restituciones mutuas; 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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, considera la Sala que Porvenir SA no tiene interés para interponer recurso de apelación en lo relativo a la absolución de la otra demandada del pago de las costas procesales, por no resultarle desfavorable la decisión de primer grado en este punto (art. 320 del CGP).*

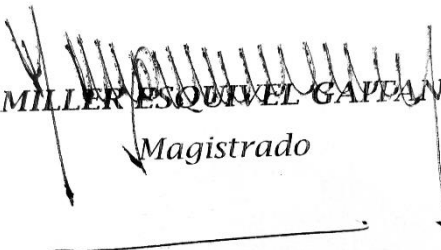
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

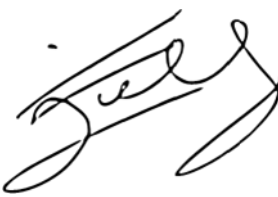
**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MAURICIO RODRÍGUEZ ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA  
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

A U T O

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

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Mauricio Rodríguez Rojas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad o ineficacia, o subsidiariamente la inexistencia, de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por concepto de aportes obligatorios, con los rendimientos generados, bonos y sumas adicionales de la aseguradora; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros, reactivar la afiliación del actor y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a Porvenir SA al pago de los perjuicios morales causados, los cuales estima en cuantía de 200 smlmv. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 7 de febrero de 1962; estuvo afiliado al ISS desde el año 1984; el 7 de diciembre de 1994, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió el formulario de afiliación a Porvenir SA; el asesor de la época no le advirtió sobre los riesgos que existían al trasladarse de régimen, tampoco le informó sobre el derecho de retracto; el 20 de diciembre de 2019 solicitó ante las accionadas la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, obteniendo respuestas negativas.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3*

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

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 8 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1° de enero de 1995, por intermedio de Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los rendimientos y comisiones por administración (estas últimas debidamente indexadas), sin realizar descuentos por seguros de invalidez o sobrevivencia o para el fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad. Informó a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.*



## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el demandante reclama se condene en costas a Colpensiones, dado que esa entidad presentó oposición a las pretensiones de la demanda y fue vencida en juicio.*

*Porvenir SA argumentó que el traslado de régimen pensional del actor es válido, ya que el formulario de afiliación fue firmado, siendo éste el único requisito exigido en aquel entonces, lo que a su vez acredita la asesoría brindada. Dijo que el actor ratificó su voluntad con los 25 años de cotizaciones y permanencia en el RAIS; y que la motivación de la demanda consiste en la inconformidad del accionante frente al monto de su mesada pensional. Agregó que no es posible devolver los gastos de administración, los cuales fueron descontados por disposición legal y se le brindó una correcta administración de los recursos; además, las primas del seguro previsional fueron giradas a la asegurada y en todo momento el actor tuvo cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte. En caso de mantenerse esta condena, debe darse aplicación a la figura de las restituciones mutuas.*

*A su turno, Colpensiones manifestó que el traslado de régimen pensional del accionante se dio de manera libre, espontánea y voluntaria; decisión que fue ratificada con el tiempo de permanencia en el RAIS. Añadió que el accionante incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero dado que no se acercó a solicitar información y tampoco retornó al RPMPD, teniendo la posibilidad de hacerlo.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.*

*El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, dado que la AFP accionada incumplió con su deber de información.*

### CONSIDERACIONES

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

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

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

*Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “no recibió información técnica y adecuada” y “el asesor de la época no le advirtió sobre los riesgos que existían al trasladarse de régimen, tampoco le informó sobre el derecho de retracto”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 7 de diciembre de 1994. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*El accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que sólo tiene hasta quinto de primaria; que, para la época del traslado de régimen, él salía de su turno de trabajo a la madrugada, junto con otros compañeros, y fueron abordados a la salida de la empresa por asesores de Porvenir SA quienes les comentaron que el ISS “estaba decayendo” y que en el fondo privado se pensionaría a los 58 años. Dijo que la charla no duró más de un cuarto de hora, porque él iba saliendo de su turno de trabajo a las 5:00 a.m. y estaba muy cansado.*

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

*de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada; por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por las demandadas en sus apelaciones, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 7 de diciembre de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Colpatria, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección*

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

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

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

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

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

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

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y el demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por la AFP accionada en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de*

---

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

*administración dado que se brindó una correcta administración a los recursos, o que dichos valores fueron deducidos por disposición legal; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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



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

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

#### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

#### CONDENA EN COSTAS

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

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

*“(…)*

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales; por lo tanto, se modificará el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia, para lo cual deberá concurrir con el pago del 50% de las agencias en derecho fijadas por el a quo, quedando el restante 50% en cabeza de Porvenir SA. Argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas a las demandadas, ante la improsperidad de sus recursos.*

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

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

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

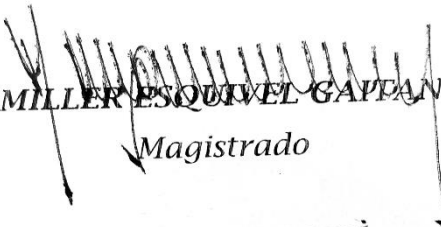
**Primero.-** *Modificar el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.*

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

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

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

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado



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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE JODÉ LIBARDO GARCÍA GARCÍA CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo  
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar  
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara  
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal en grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia  
absolutoria proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno  
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 Libardo García, por intermedio de apoderado judicial, demandó a  
Colpensiones y Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS  
administrado por esta última, en consecuencia, se condene a Protección S.A., a*

*devolver a Colpensiones el capital cotizado, el bono pensional junto con sus rendimientos, y a ésta última a recibir y aceptar el capital. Finalmente, pide se condene en costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 6 a 7 (C.D. fl. 2 archivo 02), en los que en síntesis se indica que: nació el 8 de septiembre de 1957; cotizó en el ISS a partir del 1° de febrero de 1978; se cambió de régimen pensional en agosto del 2001 por medio de la entonces AFP Santander hoy Protección S.A., quien no elaboró una proyección de la prestación, ni le informó las consecuencias del cambio de régimen; tampoco le informó sobre las condiciones de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la edad exigida; que solicitó la nulidad de traslado a Protección y Colpensiones, pero la respuesta fue negativa.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones a través de escrito incorporado a folios 1 a (C.D. fl. 2 archivo 09.); se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda; frente a los hechos aceptó el natalicio del actor, la afiliación al ISS, el posterior traslado a Protección S.A., las solicitudes elevadas ante la entidad y la respuesta emitida. Propuso las excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe, innominada o genérica.*

*Protección S.A., (C.D. fl. 2 archivo 12 ), se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos aceptó el natalicio del actor, la afiliación realizada a la AFP, las solicitudes realizadas por el demandante y la respuesta que ésta emitió; formuló como excepciones: falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, con el cual declaró válido el traslado de régimen del actor, y como consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Al final impuso costas de esa instancia al demandante, y como éste no apeló, remitió el proceso a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por haberle sido totalmente desfavorable la decisión de primera instancia.*

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN CUANDO EL INTERESADO ADQUIRIÓ LA PENSIÓN

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en el asunto quedó acreditado que: i) el 10 de agosto de 2001, el demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado en ese momento por la AFP Santander hoy Protección S.A.; ii) que en septiembre de 2019, le solicitó tanto a Colpensiones como a la administradora del RAIS, la nulidad del traslado, no obstante en ese mismo mes y año, recibió respuesta negativa de los dos organismos, y; iii) que se encuentra pensionado en el RAIS, a partir de septiembre de 2020, mediante la figura de garantía de pensión mínima.*

*En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en verificar, si acertó la juzgadora de primera instancia, al declarar válido el traslado de régimen pensional del actor, por cuenta de su actual calidad de pensionado en el RAIS.*

*Para resolver el interrogante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se*

*encontraban antes de dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos. En sentencia CSJ SL373-2021, se dijo al respecto:*

*(...)*

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

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

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

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

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

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

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se*

---

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



*encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

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

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

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

*(...)*

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

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

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

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

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

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

*Es cierto que, fue totalmente equivocada la conclusión de la juzgadora de primera instancia, al referir inicialmente que, con la sola firma del formulario y la enumeración de las características del RAIS, se satisfizo el deber de información que le correspondía a la AFP demandada, porque con ello desconoce toda la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, de ese documento no es posible deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida, pues el formulario deja por fuera el suministro de datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, ya que, lo que allí se consigna es únicamente sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce una convicción equivocada o sobre bases engañosas o no acordes con la realidad de su propio caso, bien por ignorancia ora por desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema con el que se compete.*

*Pese a ello, no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque tratándose de un pensionado, existe una situación jurídica consolidada, de la cual sólo se puede reclamar la indemnización de perjuicios, pero como aquí ello no fue propuesto por el demandante desde el inicio de la acción, la Sala no puede abordar ese análisis, en razón del respecto al derecho de defensa y contradicción del extremo pasivo, que sólo planteó su oposición frente a la súplicas de ineficacia y las consecuencias que de allí se desprenden, pero jamás, puntos alternos, que de estudiarse en esta instancia, se vulnerarían flagrantemente esas garantías fundamentales de las*

*demandadas, lo que conduce a confirmar la decisión consultada, pero por las razones atrás referidas.expuestas.*

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

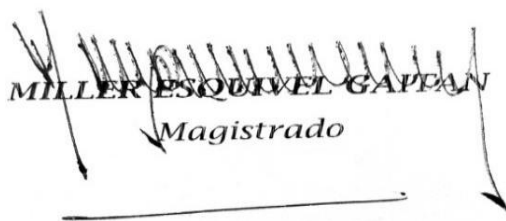
**R E S U E L V E**

*Primero.- Confirmar la sentencia consultada, pero por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.*

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

*Notifíquese legalmente a las partes.*

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE MARÍA ROCÍO PEÑARANDA CRUZ CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA  
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Diego Fernando Londoño Cabrera quien se identifica con C.C. No 1.032.360.658 y la T.P. No. 198.680 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

## SENTENCIA

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintisiete 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

*María Rocío Peñaranda Cruz, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad, o en subsidio la ineficacia, de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los dineros obtenidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus rendimientos, así como las cuotas de administración; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene al pago de los perjuicios morales causados, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 8 de noviembre de 1954; estuvo afiliada al RPMPD hasta el 14 de octubre de 1998, fecha en que se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Porvenir SA; al momento del traslado no fue asesorada ni informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni acerca de los beneficios, desventajas e implicaciones que sobre sus derechos pensionales traería la decisión de trasladarse; el 16 de octubre de 2019 solicitó ante las demandadas la declaratoria de nulidad de traslado de régimen y su retorno al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 3 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación presentada ante esa AFP, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 7 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a afiliar nuevamente a la actora al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando a costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA manifestó que no resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que se cumplieron con todas las obligaciones legales en cabeza de la AFP para la validez del traslado. Como tampoco es viable devolver los gastos de administración ni las primas de seguro previsional, ya que fueron descontados por disposición legal.*

*Por su parte, Colpensiones argumentó que la actora no cumplió con sus obligaciones como consumidora financiera, relativas a tener una adecuada revisión de sus negocios. Agregó que no se le puede endilgar responsabilidad alguna derivada del negocio jurídico firmado entre la actora y la AFP, por lo que debe ser esta última quien asuma los daños causados.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivas apelaciones.*

#### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

*Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “al momento del traslado no fue asesorada ni informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre las diferencias entre uno y otro régimen, ni acerca de los beneficios, desventajas e implicaciones que sobre sus derechos pensionales traería la decisión de trasladarse”, 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 SA, al momento del traslado del*

*régimen pensional, efectuado el 14 de octubre de 1998. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que para el año 1998 trabajaba en el Hospital Integrado de San Rafael en el municipio de Concepción (Santander) y hasta allí llegó un asesor de Horizonte quien, en una reunión a la que asistieron todos los empleados del hospital, les ofreció créditos y rendimientos; ella finalmente se trasladó de régimen por la presión que ejerció el sindicato, porque entraron a su oficina con carteles y gritando arengas “que abajo la vieja Rocío, que se opone”, y esto debido a que el asesor aseguró que “se afilian todos o no se afilia ninguno”; bajo esa presión terminó afiliándose a Horizonte.*

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

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

*como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera, 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.*

*Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones,*

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

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente 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; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los*

---

<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.

*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, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

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

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

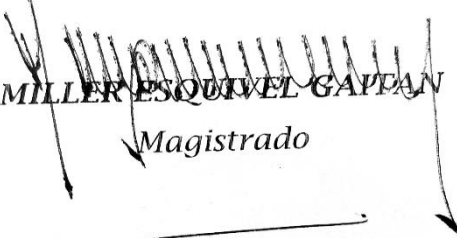
#### **R E S U E L V E**

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

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

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

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE JAIME SOLANO BÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA  
DE PENSIONES - COLPENSIONES - Y COLFONDOS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veinte (20) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta lo no cuestionado contra la sentencia proferida el 13 de enero de 2022, 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*

*Jaime Solano Báez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por esta última, en consecuencia, se condene a dicha AFP, a*



*devolver a Colpensiones la totalidad de lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos respectivos y las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones adujo que nació el 25 de noviembre de 1954; que empezó a cotizar al entonces ISS hoy Colpensiones, a partir del 1° de junio de 1981; que el 30 de enero de 1999, se trasladó al RAIS, por cuenta de una asesora de ventas de la AFP Colfondos, quien se acercó a las instalaciones del empleador, informándole a un grupo de trabajadores, que si se cambiaban de régimen pensional, allí podían obtener mejores beneficios pensionales, tales como un monto superior, a la edad que quisieran, además que la prestación se reconocería de manera vitalicia; que no obstante, la asesoría suministrada no fue veraz, clara, completa, suficiente y oportuna; que al percatarse del error cometido, el 26 de noviembre de 2019, elevó solicitud tanto a Colpensiones como a Colfondos S.A., para regresar al RPMPD, pero dichas entidades la negaron; que se siente defraudado ante el incumplimiento de los deberes de información por parte de la AFP Colfondos S.A.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones, para lo cual argumentó que, contrario a lo manifestado por el demandante, le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; que también le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. Frente a los hechos adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones de mérito las de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción,*

*buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier irregularidad y la genérica o innominada.*

*Por su parte, Colpensiones también se opuso a las pretensiones, para lo cual señaló que, el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en esta oportunidad por la AFP Colfondos S.A., sin ningún vicio del consentimiento tales como “error, fuerza o dolo”, máxime cuando se demuestra la plena voluntad y libertad de escogencia del demandante al momento de decidir trasladarse de régimen pensional. Frente a los hechos dijo que no le constaban, y sólo aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su inicial afiliación y cotizaciones a esa entidad, el traslado y la reclamación administrativa. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.*

#### *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, con el cual declaró la nulidad del traslado del régimen del demandante, teniendo como válidamente afiliado al actor al RPMPD, por ende, condenó a la AFP, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo capital, intereses, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y, en general, todo lo que haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas. Finalmente ordenó a Colpensiones a recibir dichos recursos y a validar la afiliación del actor en el RPMPD, e impuso costas a las demandadas.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Colpensiones la impugnó. Adujo que la ineficacia del traslado de régimen pensional vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que no hay prueba de algún vicio del*

*consentimiento, máxime que, al haber permanecido tanto tiempo en el RAIS, saneó cualquier irregularidad en el acto de traslado que se pudo cometer, y que, por haber actuado de buena fe, no es viable la condena en costas en su contra.*

### 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 la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados.*

#### 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 a la AFP demandada quien tienen 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.*

*Además, sobre la inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, es un criterio pacífico de la jurisprudencia laboral en este tipo de casos, incluso en aquellos eventos en donde el demandante en sus hechos se refiere tanto a negaciones indefinidas como aquellas que no tienen esa característica. Explicó la Corte:*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,*

*esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)*

*Entonces, frente a las manifestaciones del demandante, relacionadas con que la AFP jamás le suministró información veraz, clara, completa, pertinente, suficiente, acorde con su caso particular, le correspondía a dicha demandada acreditar lo contrario por cuenta de su posición dominante como ente administrador que conserva la información y los detalles de las afiliaciones.*

*Ahora, 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 las sentencias del 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; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un **beneficio transicional**, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. 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 Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acontecido en enero de 1999.*

*Precisando que una cosa 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 otra son los que informan el derecho común.*

*Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que, si bien no fue obligado a suscribir el formulario de traslado, porque las asesoras de la AFP hicieron una explicación general de las ventajas de estar en el RAIS, y posteriormente hizo su traslado a Colfondos S.A, lo hizo porque creyó en las advertencias que se le hicieron sobre la extinción del ISS, pero que no le informó nada en específico sobre su situación pensional, tan sólo sobre su núcleo familiar, pero ningún aspecto relevante que la hubiera hecho reflexionar sobre alguna desventaja en el RAIS, pero ahora que se enteró del desmedro en el valor de una futura pensión, se encuentra totalmente decepcionado.*

*Cabe precisar que esa manifestación inicial en el interrogatorio no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que ese tipo de expresión sobre la manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional no es válida cuando la persona desconoce la incidencia que ésta pueda tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, **ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada**, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo estas impactan su proyección pensional.*

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

*constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, pues se hizo con engaños, informándole erróneamente sobre la extinción de la administradora pública de pensiones y su orfandad pensional, lo cual contribuyó a que el trabajador confiara ciegamente en esa advertencia, de por sí, con el mérito de impresionar a quien con tanto anhelo espera alcanzar ese estatus, además de esbozarles ventajas generales, pero sin su materialización al caso particular del actor.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección 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 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

*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.”*

*Precisamente, la alta Corporación del trabajo, por ejemplo, en la sentencia SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto, que para el caso de la accionante, en 1999, era obligación de la AFP Colfondos S.A., **ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.***

*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 del promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por las 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, o si tenía*



*una expectativa pensional, 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.*

*Tampoco es de recibo el argumento según el cual, el hecho de permanecer por largo tiempo cotizando a la AFP, o el traslado entre administradoras del RAIS, subsana cualquier error que se hubiese presentado al momento del traslado, como si se tratara de un simple negocio de seguros, pues 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.*

*Además, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el hecho de que el afiliado haya pasado un tiempo considerable sin hacer el reclamo, no subsana la ineficacia de la afiliación, puesto que la posibilidad de reclamar esa sanción se mantiene mientras subsiste el estado de afiliado. (CSJ SL5686-2021).*

*También ha señalado la Corte, que la asesoría tiene que ser útil y a tiempo, y ello **se mide en el momento del inicial traslado**, ni siquiera posteriormente o cuando se hacen sucesivos traslados entre administradoras del RAIS, cuando el afiliado ya no tiene ninguna posibilidad de evaluar las ventajas y desventajas, incluso, con la pérdida de un derecho pensional. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019:*

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.*

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

*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 ineficacia o nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre esa materia, esto es, la necesidad de que la AFP que incumplió con el deber de información devuelva ese tipo de emolumentos con cargo a sus propios recursos, la Corte, en sentencia SL2937-2021, lo sintetizó así:*

---

<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.

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

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

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia o 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 Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, advirtiendo 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). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

#### **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA**

*Sobre el argumento de Colpensiones, relacionado con que esa declaratoria de ineficacia del traslado de régimen afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, la Corte también lo ha descartado, al indicar que eso no es acertado, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a dicha entidad serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las*

*reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (SL2877-2020).*

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

#### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

#### COSTAS

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

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

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

*Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.*

#### *ADICIÓN*

*A efectos de evitar controversias futuras y hacer más precisa la orden de condena, como quiera que en este punto fue generalizada, se adicionará la decisión de primera instancia, en tanto que la declaratoria de ineficacia obliga a la AFP demandada, a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el RPMPD. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

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

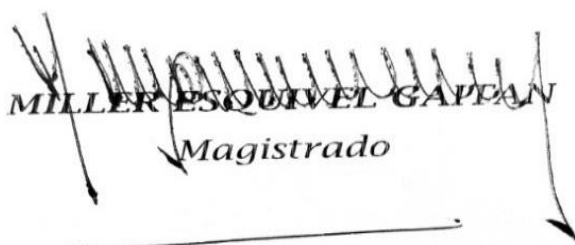
#### *R E S U E L V E*

*Primero.- Adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada., en el entendido de que la AFP Colfondos S.A., deberá devolver a COLPENSIONES del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle*

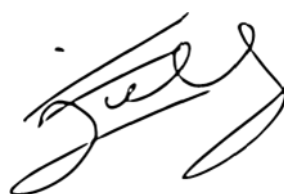
*pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual se le concede a Colfondos S.A., el término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del presente proveído, para que, ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. En todo lo demás se confirma, por las razones expuestas.*

*Segundo.- 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