

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 ESPERANZA ARDILA ESTUPIÑÁN 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 veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Diecinueve 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**

*Esperanza Ardila Estupiñán, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS debido a la falta de información de los fondos de pensiones. En consecuencia, se ordene Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos causados, gastos de administración o cualquier otro,*

*debiendo esta última e trasladar y afiliar a la actora al RPMPD sin solución de continuidad. De igual manera, se condene a Protección S.A. a continuar asumiendo el pago de la pensión en caso de que se hubiere otorgado hasta que se haga efectivo el traslado, a su vez, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 al 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el 9 de enero de 1980 se afilió al sistema de seguridad social en pensiones; se trasladó a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 13 de febrero de 1995, al momento de la afiliación el asesor de la AFP se limitó a diligenciar el formato de afiliación, sin suministrar una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las ventajas y desventajas del del RAIS, tampoco entregó proyecciones y comparativos del derecho pensional, ni le ilustró acerca de la tabla de rentistas usada para las proyecciones, la edad y los salarios requeridos para acceder a una prestación en las mismas condiciones que las del otrora ISS, no se le dijo cuál sería el capital exigido para acceder a una pensión de salario mínimo, ni cuales son los requisitos para obtener una pensión anticipada, ni la incidencia que tendría su núcleo familiar en el monto de la mesada pensional; no se le expresó que contaba con la posibilidad de ejercer su derecho de retracto; luego de ello se afilió a Protección S.A.. a la que solicitó su estado de cuenta documentos que le fueron entregados; pidió a Porvenir los soportes de su afiliación y esta y a las otras demandadas la nulidad del traslado, las administradoras privadas resolvieron de manera negativa lo pedido; la mesada pensional en el RPMPD equivaldría a \$4.289.209, mientras que la del RIAS ascendería a \$1.569.300.*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Protección S.A. (fls. 313 a 327), en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación de la actora a Protección S.A.; las solicitudes elevadas a respecto al estado de cuenta y la anulación de su traslado, así como las repuesta a estas; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema*

*general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua 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 y la innominada o genérica..*

*A su turno, Porvenir S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, se opuso a las pretensiones formuladas (fls. 402 a 426); en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación de la actora a Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A., la petición de nulidad de la afiliación y la respuesta negativa a trasladarla al RPMPD; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.*

*Colpensiones, allegó contestación dentro del término legal (fls. 432 a 433) presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la inicial afiliación de la actora al sistema de seguridad social en pensiones; la petición de nulidad del traslado y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 496), se declaró la ineficacia del traslado de la señora Ardila Estupiñán del RPMPD por medio de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. así como el efectuado con posteriormente a la AFP ING hoy Protección S.A., por tanto declaró a la actora válidamente vinculada a Colpensiones desde el 9 de enero de 1980 hasta la actualidad. En consecuencia, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere*

*recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y comisiones y sin descontar los gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; y no condenó en costas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Protección S.A., manifiesta su inconformidad respecto a la condena de la devolución de gastos de administración y primas de reaseguro, argumentando que es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993 por lo que opera en ambos regímenes; considera que se está constituyendo un enriquecimiento sin causa de Colpensiones al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, máxime cuando se están entregando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión del fondo privado, incluso tendría derecho la AFP a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor ya que hizo rentar el patrimonio de la afiliada; finalmente, sobre el 3% destinado para la comisión de administración opera el fenómeno de la prescripción.*

*A su turno, Colpensiones adujo que el cambio de régimen pensional se realizó conforme a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, la cual exige la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado, que se evidencia con la firma del formulario de afiliación, lo cual se llevó a cabalidad en el presente caso, motivo por el que no es válido imponer una carga probatoria no prevista por el ordenamiento jurídico al fondo de pensiones; finalmente, la ineficacia de la vinculación genera una lesión en el equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, por lo tanto, solicita que si se mantiene la decisión, se mantenga la condena impuesta con el fin de proteger una futura pensión de la actora.*

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

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.*

## CONSIDERACIONES

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

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

*Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Protección S.A. realizada el 13 de febrero de 1995 con efectividad desde el 13 de marzo del mismo año (fl. 351), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Protección S.A. presenta reparo en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de*

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

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis del fondo de pensiones Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando 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 lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo; sin que tenga por qué subvencionarse con dicho dineros la pensión de otros afiliados. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

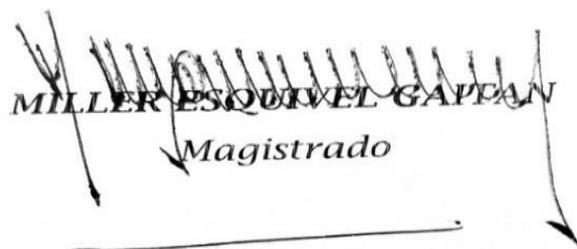
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

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

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

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
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 ELCY MONTEALEGRE SALGADO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta 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*

*Elcy Montealegre Salgado, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Old Mutual S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS por medio de la AFP Colmena S.A. hoy Protección el 1º de junio de 1996, por incumplimiento del deber de*

*información. Así mismo se declare que los fondos demandados causaron perjuicios patrimoniales. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los recursos de cuenta de ahorro individual incluyendo los costos administrativos, debiendo esta última admitir el retorno de la demandante. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso. Subsidiariamente solicita se condene a Protección S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. al pago de los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro por la diferencia de la mesada pensional que hubiera pagado el RPMPD y la pagada en el RAIS desde el momento en que sea reconocida hasta la fecha de cumplimiento de expectativa de vida.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 24 a 26 del expediente, en los que en síntesis se indica que: la demandante tiene 58 años de edad; se afilió al otrora ISS el 9 de junio de 1983 al que cotizó 624 semanas; en mayo de 1996 un promotor de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. le planteó la posibilidad de obtener una mesada pensional más favorable y en menos tiempo si se trasladaba a dicho fondo, lo cual generó que el 1º de junio de 1996 se consolidara el traslado sin que dicha entidad haya cumplido con el deber de proporcionar una información completa y comprensible acerca del régimen que más le favorecía, sólo se limitó brindar una explicación general entre el 1º de marzo de 2000 y el 30 de junio de 2010 cotizó 531.42 semanas a ING hoy Protección S.A.; luego se cambió a Skandia hoy Old Mutual S.A. el 1º de julio de 2010 fondo en el que acumuló 257.14 semanas; de allí pasó a Porvenir S.A. el 1º de julio de 2015, AFP en la que permanece a la fecha; en el tiempo en el que ha estado en el RAIS, ningún fondo ha brindado ni la han asesorado en materia pensional; tampoco le comunicaron la posibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional; cuenta con un total de 1759 semanas cotizadas; Porvenir elaboró una proyección en el año 2018 en la que determinó que la mesada en el RAIS ascendía a \$1.260.000, esto es \$5.109.157 menos que en Colpensiones; acudió a Colpensiones a solicitar el traslado de régimen pensional, pero la entidad resolvió la petición de manera negativa*

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

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, en forma legal y oportuna (fls. 41 a 49), oponiéndose a las*

*pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: la edad de la actora y la solicitud de traslado realizado a Colpensiones; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica*

*A su turno, Porvenir S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo (fls. 78 a 91), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: la edad de la actora, la afiliación a ese fondo de pensiones y la no información de la posibilidad de trasladar cuando le faltaran 10 años para cumplir la edad pensional, ya que para la fecha de vinculación a esa AFP la actora tenía 54 años de edad; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de afiliación, validez del traslado al RAIS, inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.*

*Protección S.A., en allegó escrito de contestación (fls. 143 a 151) dentro del término legal se opuso a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: las semanas cotizadas al momento del traslado y la vinculación a Colmena hoy Protección S.A.; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de los perjuicios solicitados, prescripción y la innominada o genérica.*

*Finalmente, Old Mutual S.A., contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 163 a 186); en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación del 1 de julio de 2010 al 30 de junio de 2015; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad,*

*compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 180) en la que declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional del ISS por medio de Protección S.A. efectivo a partir del 1º de julio 1996; declaró válida la afiliación al RPMPD; condenó a Protección S.A. y Old Mutual a devolver a Colpensiones los costos de administración de su propio patrimonio debidamente indexados, durante todo el tiempo que la señora Montealegre Salgado permaneció en dichos fondos; condenó Porvenir S.A. a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración hasta cuando se haga efectivo el traslado por recursos. Los costos de administración deben ser devueltos del patrimonio de la administradora y debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a actualizar la información de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones planteadas; e impuso condena en costas a Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Protección S.A., manifiesta su inconformidad respecto a la condena impuesto sobre la devolución de las cuotas de administración por considerar que no hicieron parte de la fijación del litigio ni del debate probatorio, por lo que no existe fundamento alguno para imponer dicha condena, y, segundo, existiría un enriquecimiento sin justa causa conforme al artículo 1745 del Código Civil a favor de la demandante debido a que la misma se lucró de los rendimientos durante todo el tiempo de la afiliación.*

*A su turno, Old Mutual S.A. solicitó que se revocara en su totalidad el fallo o la condena impuesta referente a los gastos de administración, esto al considerar que generaría un detrimento pensional y, del mismo modo, un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, ya que el juzgador también está en la*

*obligación de estudiar el caso en su totalidad y no desconocer que las demandadas generaron rendimientos a la cuenta de ahorro pensional de la demandante.*

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

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

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

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

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) no cumplió con el deber de proporcionar una información completa y comprensible", 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 ser negativas, sino por ser indefinidas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas,*

*con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliada, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Protección S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 9 de mayo de 1996 con efectividad desde el 1° de julio del mismo año (fl 154). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común*

*Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es abogada egresada en 1982, labora en el área administrativa de la empresa Grupo Constructor Andino desde hace 34 años; siempre ha sido empleada; para la época del traslado se desempeñaba en derecho comercial; luego de la charla le entregaron los formularios preimpresos y suministró el nombre de los beneficiarios que debían ser incluidos en el contrato de afiliación; se trasladó entre fondos privados, fue por solicitud del área laboral de la empresa; en 1996 cambió de régimen pensional cuando el asesor en una charla masiva contó acerca de los beneficios que iba a recibir, como percibir una mesada pensional superior a la del RPMPD, pero no se le explicaron las consecuencias adversas; no dudó en los traslados horizontales debido a que eran del mismo régimen pensional, por tanto no tuvo en cuenta si alguno le ofrecía más rendimientos que otro; debido a los extractos que le llegaban estaba ilusionada con una mesada pensional, pero luego de acudir al fondo de pensiones se dio cuenta que sería inferior; tiene al área de recursos humanos al tanto de las novedades que presenta en cuanto direcciones o cambio de administradora; no ha realizado aportes voluntarios al RAIS; no buscó información adicional a razón de que a partir de la asesoría inicial se convenció de que el RAIS era lo mejor para ella y estaba tan segura de eso que sólo tres años antes de cumplir la edad pensional acudió a que se le elaborara la proyección de la prestación.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados 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, esto es, sin brindarse información alguna sobre el régimen, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión y demás aspectos básicos que debía conocer.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 152 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Protección S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en el folio 152 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

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

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

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

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

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

*Se debe asimismo señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de los fondos de pensiones Old Mutual y Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria y esos dineros no van al patrimonio de Colpensiones si no al fondo para cubrir las pensiones del RPMD.*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

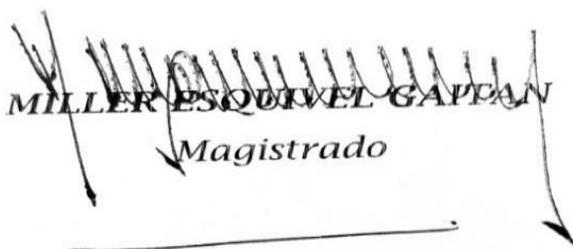
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
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 ZENAIDA MORENO AVELLANEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

*PROVIDENCIA*

*Reconócese personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No. 184.941 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.*

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

*SENTENCIA*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la actora Zenaida Moreno Avellaneda contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Zenaida Moreno Avellaneda, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Porvenir S.A., para que se declare nulo e ineficaz traslado al RAIS, por medio de la AFP debido a la falta de información suministrada por las demandadas. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y restablecer la afiliación sin solución de continuidad. Por último, pidió se condene lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 9 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 10 de noviembre de 1964; realizó cotizaciones al otrora ISS del 1º de enero de 1983 al 30 de marzo de 1994; el 9 de agosto de 1996 atendió la visita de un promotor de Porvenir S.A.; el gerente general de la empresa Calcetería Colombiana Ltda. le manifestó que la administradora del RPMPM se iba a acabar por lo que en adelante estarían trabajando con el fondo de pensiones privado; a su vez, la asesora de la AFP quien le dijo que perdería los aportes de permanecer en el ISS, Los cuales estarían más seguros en la AFP que se encontraba respaldada por los bancos, por lo que procedió a firmar el formulario de afiliación luego de que el asesor lo diligenciara; en la vinculación al fondo medió información escasa confusa amañada y no veraz, además de la indebida intervención del empleador; durante el tiempo que ha estado afiliada a Porvenir S.A. no recibió asesoría verbal o escrita; la AFP no informó ni explicó el término que tenía para trasladarse, la rentabilidad y el capital ahorrado para acceder a una pensión similar a su salario, el plazo para retornar al RPMPD, que la mesada pensional variaba de acuerdo a la rentabilidad, capital ahorrado, estado civil y edad; sólo hasta el año 2019 conoció de las consecuencias del traslado, ya que se le manifestó que la mesada pensional sería inferior a la de Colpensiones; no obra documento con el que se acredite que recibió la asesoría necesaria, tan sólo existe el formulario de vinculación como soporte; solicitó el traslado de régimen a las demandadas.*

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna (archivo 05 Cd. fl. 49), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS y la reclamación presentada ante esa entidad, sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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 del orden público, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su vez, Porvenir S.A. allegó escrito de contestación (archivo 09 Cd. fl. 49), se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos planteados acepto el natalicio de la actora, la afiliación y la solicitud de traslado al RPMPD. Propuso las excepciones perentorias que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (Cd fl. 153), en la que absolvió a las demandas de todas y cada una de las pretensiones.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la demandante. interpone recurso de apelación argumentando que en las consideraciones de la sentencia se dice que al absolver interrogatorio la parte actora mintió, por lo que la Juez dentro del interrogatorio debió indicarle que si las preguntas implicaban responsabilidad penal, podía sustraerse de contestarlas, tampoco se tuvo en cuenta la aclaración que hizo al responder la pregunta realizada por el procurador porque no contestó si era cierto o no; la juez tuvo como confesos los hechos 3, 4 y 8, pero no se*

*desvirtuó el resto de la demanda; el fondo de pensiones aceptó que no cuenta con soporte alguno de la asesoría brindada; la falladora señaló que no hubo engaño, pero en ningún momento establece que hubo suministro de información por parte de la AFP, sin que se tuviera en cuenta la carga de la prueba a cargo de Porvenir S.A.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. solicitó se confirme la sentencia de primer grado, toda vez, que para la época del traslado no se encontraba en cabeza del fondo de pensiones el deber del buen consejo o la doble asesoría.*

*A su vez, el extremo demandante reiteró los fundamentos esbozados en la apelación.*

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

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

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

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

*Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “no informaron ni explicaron (...) que la pensión con las AFP podía variar en el transcurso del tiempo, y que se establecía de acuerdo con el monto de sus ahorro”, 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 distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 9 de agosto de 1996. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que fundó una empresa familiar junto con su esposo, trabajando allí inicialmente 3 de los 4 socios y 2 empleados más; el gerente encargado para esa época era Emilio Arturo González Álvarez, quien era su cuñado y en ese entonces se acababa de retirar del Banco de Bogotá, quien le dijo que el banco era socio de Porvenir por lo que les hicieron una reunión en la que explicaron las ventajas de la AFP y fue él quien la direccionó a Porvenir S.A., que no tenía mucha información, que sólo sabía que estaba afiliada a un fondo y ya; no recibió extractos; trabajó durante 12 años y la AFP no se contactó con ella; no sabía que representaban los saldos en Porvenir S.A.; volvió a trabajar con Colmedias en el año 2018 y en el área de recursos humanos de la empresa la asesoraron respecto de su situación pensional; que su cuñado le dijo que lo mejor pasar de Porvenir al ISS; el asesor del fondo de*

*pensiones acudió a la empresa y le ratificó lo dicho por su familiar; que o fue coaccionada, que lo que medió fue direccionamiento del señor González Álvarez. También se recibió el interrogatorio del representante legal de **Porvenir S.A.** quien dijo que para la fecha del traslado se instruía a los potenciales afiliados de las características de los dos regímenes y la forma en la que podían acceder a la prestación en cada uno de ellos y luego se procedía a al rubrica del formulario, sin que existiera obligación de dejar constancia escrita de la ilustración, siendo el formulario de afiliación la prueba de la información brindada; la asesoría fue de manera verbal y se le contó acerca del derecho de retracto; de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 de 2003 se realizó la publicación exigida, señalando a los afiliados que tenían un año de gracia para retornar al RPMPD.*

*Por último se escuchó al testigo **Emilio Arturo González Álvarez**, quien adujo ser pensionado de Colpensiones desde hace 2 años y que nunca se trasladó a un fondo privado. Igualmente señaló que la demandante es la hermana de su esposa; la actora se afilió a Porvenir S.A. cuando la familia inició la empresa Calcetería Colombiana; él fue quien llevó la idea de que se afiliaran a ese fondo debido a que en el Banco de Bogotá en el que él trabajaba les dieron una charla y comentaron que el ISS se iba a acabar. Él no se cambió de régimen pensional ya que para esa época tenía 19 años de servicios cotizados al seguro por lo que le dijeron que no le convenía el traslado y que esa misma información se la suministró a la demandante; solicitó una asesoría de Porvenir S.A. para todos en la empresa, pero no escuchó que habló el asesor con la demandante.*

*En este orden, no es de recibo la consideración de la juez de primer grado en cuanto a que la actora recibió la información necesaria para tomar la decisión de cambio de régimen, por cuanto el señor Emilio Arturo González Álvarez, quien por demás no era representante del fondo de pensiones, le contó acerca de la asesoría que le brindaron a él. Nótese, que el testigo fue preciso al indicar que a él le dijeron que no le convenía el traslado porque contaba con 19 años de servicios cotizados al ISS, circunstancia que dista de las 578 semanas que tenía cotizadas la activa para la fecha del traslado de conformidad con la historia laboral contenida en el archivo 011 del disco compacto de fl 49, por lo que es claro que la asesoría debió ser personalizada. A más de ello, olvida el a quo, que el deber de información recae sobre los fondos de pensiones y no sobre los conocidos y familiares de los afiliados.*

*De otro lado y en lo que se infiere a la sanción que trae el artículo 205 del CGP “...la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito (...)” y que fue aplicada a la demandante a causa de las preguntas formuladas por el procurador judicial y que fue uno de los puntos centrales de las consideraciones de la sentencia, se tiene:*

*“previa lectura del hecho 8 de la demanda.*

**Procurador:** *en qué consistió el contubernio y la complicidad del asesor comercial del fondo Porvenir con su empleador? Usted nos puede decir el nombre del empleador que efectuó el contubernio y la complicidad para que usted firmara el formulario?*

**Demandante:** *A mí no me pusieron pistola para afiliarme a Porvenir, fue el direccionamiento de él que me dijo afiliemos a todos a Porvenir que es lo mejor para una pensión en el futuro. La persona que estaba en ese momento era el señor Arturo González.*

**Procurador:** *Entonces lo que usted expresa en los hechos de la demanda específicamente en los hechos 3º, 4º 5º y 8º, no es cierto, es falso, de acuerdo con su respuesta.*

**Demandante:** *Yo ratifico a mí no me obligaron no me amenazaron:*

**Jueza:** *no la pregunta no es esa señora Zenaida, esa no es la pregunta, lo que le están preguntando es que si lo que usted dice en los hechos 3º, 4º 5º y 8º, que existió una complicidad y contubernio entre su jefe y el asesor del fondo de pensiones, es cierto o no, lo de contubernio y complicidad.*

**Demandante:** *Disculpe su señoría, me podría explicar qué es el contubernio.*

**Jueza:** *Para usted qué es eso?, eso fue lo que se anotó en la demanda. Porque esa expresión tiene connotaciones graves.*

**Procurador:** *Doña Zenaida sírvase a contestar lo que estoy preguntando. Son ciertos o no son ciertos los hechos de la demanda, esa es simplemente la pregunta*

**Demandante:** *Son ciertos en ese sentido de que me direccionaron a eso, yo no lo busqué, yo no fui a buscar a Porvenir S.A.*

**Procurador:** *No es cierto que hubiera existido contubernio como lo indica en el hecho 8º de la demanda entre el empleador y el funcionario de Porvenir, que la obligaran a usted a trasladarse al fondo, hubo contubernio y complicidad?*

**Demandante:** *Disculpe, es que no sé qué significa contubernio.*

**Procurador:** *Señora Zenaida, específicamente qué le estoy preguntando. Entonces por favor, respóndale al despacho si es cierto o no es cierto.*

**Demandante:** *Es cierto en el sentido que yo no lo hice por cuenta propia.*

**Procurador:** *Su señoría la señora Zenaida se niega a responder, sobre la pregunta que le está formulando el Ministerio Público, lo que indica claramente que está faltando a la verdad.*

**Jueza:** *como usted se niega a responder aplicaré las sanciones consagradas en el CGP, se presume por cierto lo que le pregunta el señor Procurador, esto es, que no es cierto lo planteado en los hechos 3, 4, 5 y 8”*

*Lo primero que debe resaltar la Sala, es que al formular las preguntas dentro del interrogatorio de parte, aquellas deben expresarse de manera clara, de modo que el deponente brinde una respuesta exacta y precisa, la pregunta no fue diáfana, como se colige de la transcripción precedente. Nótese que la interrogada expuso en dos oportunidades que no conocía el significado de la palabra “contubernio”, y ni la Juez ni el Procurador, sujetos que deben velar por el correcto trámite de los asuntos, procedieron a aclarar el término desconocido por la activa. Incluso, la Juez como directora del proceso omitió el deber que le asiste en virtud del artículo 202 del CGP “El juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas” y el correspondiente al artículo 203 ibídem “Si el interrogado manifestare que no entiende la pregunta el juez le dará las explicaciones a que hubiere lugar”; ya que se está ante palabra técnico-jurídica. Tampoco puede soslayarse que en los asuntos tramitados por medio de apoderado judicial, es el profesional del derecho quien redacta y suscribe la demanda, por tanto, no era factible que se exigiera el conocimiento del tecnicismo expuesto en el libelo introductor a la demandante. Así pues, no procedía la sanción del artículo 205 del CGP a la señora Moreno Avellaneda y en todo caso, tal presunción admite prueba en contrario, por lo que es factible que se desvirtúe con las demás que obran dentro del plenario (STC 066 del 16 d enero de 2020 Rad. 2019 00091 01).*

*Conforme a ello, el señor Emilio Arturo González Álvarez, quien para la data del traslado era el representante legal de Calcetería Colombiana Ltda., fue claro en señalar que, fue él quien llevó la idea de que se afiliaran al fondo de pensiones privado, porque en la charla que tuvo en el Banco le dijeron que el ISS se iba a acabar y que esa misma información fue la que le dio a la actora, por lo que pidió un asesor de Porvenir S.A., que es lo narrado en los hechos 3º y 4º. En cuanto, a los hechos 5º y 8º de la demanda, el primero versa sobre la información que se suministró a la actora previo a la suscripción del formulario y el segundo se refiere a los actos ejercidos por el gerente general de la empresa en la fecha del traslado, en ese orden, más allá de la información que asegura la demandante recibió de la posibilidad de pensionarse en cualquier edad o el respaldo de la AFP de los bancos y los eventuales actos dolosos que mediaron en la afiliación, el estudio del presente asunto se centra en que se le comunicaran las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional.*

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

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 78 (archivo 09 CD fl. 49) del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

*En este orden, 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.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. 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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.*

*Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Zenaida Moreno Avellaneda con destino a la AFP*

---

<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.

*Colpatria hoy Porvenir S.A., el 9 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año; ordenando a la AFP Porvenir S.A. último fondo que está vinculada, el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.*

#### *EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

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

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

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

***Primero.-*** *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Zenaida Moreno Avellaneda con destino a la AFP Porvenir S.A., el 9 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

***Segundo.-*** *Ordenar a la AFP Porvenir S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos,*

así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

**Tercero.-** Declarar no probada las excepciones propuestas.

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

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA