

*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 NICOLASA ISABEL CERRO DE SOLÓRZANO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN -UGPP-*

*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 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 del 16 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

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

*Nicolasa Isabel Cerro de Solórzano, por medio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección -UGPP- para que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación post mortem por cuenta del fallecimiento de su cónyuge Elías Milet Solórzano*

*Nasiff, a partir del día siguiente a la fecha del deceso, los intereses moratorios, indexación, y de manera subsidiaria, la pensión de sobrevivientes, cualquier condena que resulte de las facultades extra y ultra petita, y las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones, sostuvo que, el señor Elías Milet Solórzano Nasiff, nació el 12 de mayo de 1951, por ende, el mismo día y mes de 2011, cumplió 60 años, no obstante, el 25 de junio de 2011, falleció; que convivió con el causante, a partir del 23 de febrero de 1979, hasta la fecha de su fallecimiento; que aquél prestó sus servicios subordinados a favor de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, entre el 10 de octubre de 1977 y el 15 de noviembre de 1991, en el cargo de motorista, fecha para la cual fue despedido sin justa causa y con un último salario de \$109.925; que el empleador no afilió al trabajador a un fondo o caja de previsión social; que el 22 de octubre de 2019, la UGPP, frente a la reclamación de la prestación, la negó, lo cual fue confirmado, el 14 de noviembre y 12 de diciembre de 2019, con el agotamiento de los recursos en vía gubernativa.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la enjuiciada en legal forma y dentro de término, en el que se opuso a todas las pretensiones, y aunque aceptó la prestación de los servicios por el causante, indicó que aquél no cumplió con el requisito de la edad ante de la entrada en vigencia de la L. 100 de 1993, aunado a que no se demostró el despido sin justa causa, por ende, no quedó causada la pensión restringida, mucho menos su sustitución. Propuso como excepciones las de: cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 53 y acta de folios 54 y 56) en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, y*

*en su lugar, le impuso costas a la activa. Como fundamento de esa conclusión, sostuvo que, en efecto, como lo alegó la pasiva, en el expediente no quedó demostrada la forma de terminación del contrato de trabajo del causante, por ende, no había modo alguno de determinar si hubo un fenecimiento contractual sin justa causa, el cual se erige en uno de los elementos para la causación de la pensión restringida de jubilación. Y con respecto a la súplica subsidiaria relacionada con la prestación se sobrevivientes, adujo que, con base en la L. 797 de 2003, tampoco cumplía con los supuestos de la norma para acceder a esa pensión, puesto que el causante no efectuó cotizaciones en el tiempo definido por el legislador, ni mucho menos bajo los parámetros del principio de la condición más beneficiosa, porque, con la L. 100 original, en la misma forma que lo anterior, no existen cotizaciones en el período exigido.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurrió en apelación, manifestando que, la desvinculación del causante fue un despido sin justa causa, el cual, si bien le correspondía acreditar, no era menos cierto que la demandada no se opuso a ese aspecto, máxime que el documento que demuestra que la terminación del vínculo laboral con el trabajador con el pago respectivo de una indemnización reposa en los archivos de la demandada, quien de manera conveniente dejó de aportarlo con la contestación del libelo.*

#### *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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.*

#### *NEXO LABORAL - DURACIÓN*

*No es tema de debate dentro del proceso, la existencia del vínculo laboral que el señor Elías Milet Solórzano sostuvo como trabajador oficial con la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, entre el 10 de octubre de 1977 y el 15 de noviembre de 1991, es decir, durante 14 años, 1 mes y 5 días, lo que fue aceptado por la demandada desde la contestación del libelo.*

*También se encuentra acreditado que el trabajador nació el 12 de mayo de 1951, como da cuenta la fotocopia de la cédula de ciudadanía, y que falleció el 25 de junio de 2011, según lo acredita el registro civil de defunción.*

#### *PENSIÓN SANCIÓN-POST MORTEM*

*Ha enseñado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la pensión sanción es susceptible de transmisión, que es que reclama la accionante en el asunto.*

*En la sentencia CSJ SL18435-2017, se dijo:*

*Ahora, los argumentos expuestos por la entidad recurrente para fundamentar la no transmisibilidad de ese derecho, parten de un entendimiento desacertado y sesgado de las leyes laborales y de la finalidad para la cual fue concebida la pensión de sobrevivientes. Véase por qué.*

*Según la casacionista, al ser la pensión sanción una prestación de naturaleza especial y provenir del reconocimiento expreso del empleador y no de una administradora perteneciente al sistema general de pensiones, no le son aplicables las disposiciones que establece la Ley 100 de 1993, que son exclusivas de las prestaciones que cubren los riesgos de vejez e invalidez. No obstante, si este fuera el razonamiento que debe imponerse en este caso, también tendría que concluirse que las pensiones convencionales o aquellas reconocidas voluntariamente por el empleador, no pueden transmitirse con ocasión de la muerte de su titular, lo que, se sabe, es contrario a la postura que sobre el particular sostiene la jurisprudencia.*

*En efecto, la Sala de Casación Laboral ha considerado que pensiones de origen distinto a las legales como las convencionales, extralegales o las simplemente voluntarias, también son trasmisibles; circunstancia que desvirtúa la afirmación de la recurrente de que solo aquellas pensiones establecidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tendrían la virtualidad de ser sustituibles. En sentencia CSJ SL, 14 jun. 2005. rad. 24201, indicó:*

*[...] Pero de todos modos el derecho a pensión vitalicia de retiro reconocida por el patrono al trabajador tiene la misma naturaleza de la pensión por jubilación que impone la ley a cargo del empleador cuando el asalariado cumple las condiciones de edad y tiempo de servicio exigidas por ella para poder disfrutarla, y debe, en consecuencia, regirse por las mismas normas de la pensión legal en cuanto atañe a la repercusiones y alcances de ese derecho con posterioridad al fallecimiento de su titular, aun en la hipótesis de que el empresario al conceder voluntariamente la pensión diga obrar a 'título de mera liberalidad', porque de todos modos nació para el antiguo servidor una prerrogativa vitalicia de recibir pensión y el estatus de pensionado tiene para los servidores particulares las consecuencias post mortem que determinan las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, que ampliaron, como quedó visto lo estatuido en normas anteriores". -se resalta-*

*[...] atendiendo la especial naturaleza de las pensiones jubilatorias, incluyendo desde luego las convencionales, resulta procedente su sustitución, tal como se explicó en la sentencia de la extinta Sección Segunda del 9 de marzo de 1978. (negrita del texto original).*

*Es más, la jurisprudencia ha declarado la viabilidad de la sustitución de la pensión sanción, incluso en aquellos casos en los que el afiliado no logra cumplir la exigencia*

de la edad antes del momento de su muerte, pero sí el tiempo de servicio. Lo anterior, en el entendido que lo que causa dicha prestación es el tiempo de servicio exigido por la ley, de manera que el deceso, previo al cumplimiento de la edad, no supone la variación de las reglas de sustitución, dado que aquella solo está prevista para su cobro, que en este evento se anticipa con la muerte.

Entonces, si en los casos en los que el derecho no logra consolidarse por la muerte del afiliado antes del cumplimiento de la edad, se entiende que la pensión es sustituible, debe admitirse a fortiori en los eventos en los que la pensión sí se causa en vida del afiliado y, en ese sentido, debe concluirse que ese derecho integra el componente de su transmisibilidad, por ser éste un elemento indisoluble del mismo. (Subrayado propio).

Acorde con dicho referente jurisprudencial la pensión sanción o restringida de jubilación es posible su sustitución, cuando el trabajador cumple con los supuestos para la causación de la prestación principal, para lo cual es necesario verificar ese aspecto. Como se indicó en precedencia, la fecha de fenecimiento del nexo laboral ocurrió el 15 de noviembre de 1991, por lo que se infiere que la norma reguladora de la situación debatida era el artículo 8º de la ley 171 de 1961, preceptiva que se ocupa de la pensión reclamada.

Así, el artículo 8º de la ley 171 de 1961 es del siguiente tenor:

"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido...

PARÁGRAFO.- Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial."

De manera que, de acuerdo con el precepto transcrito, cuyo alcance es similar al artículo 74 del decreto 1848 de 1969, son dos los requisitos esenciales para acceder a la pensión restringida de jubilación, cuando se busca su

*reconocimiento de una entidad oficial: en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 10 o 15 años continuos o discontinuos; en segundo lugar, que la terminación del vínculo se haya producido por decisión unilateral y sin justa causa de la administración pública, en el caso debatido, elemento que el juez de primera instancia echó de menos, y que, efectivamente, al revisarse el expediente, no obra prueba de ese supuesto.*

*Ciertamente, se demostró que el señor Elías Milet prestó sus servicios para la extinta Caja Agraria hasta el 15 de noviembre de 1991, pero no está demostrada la forma de terminación, y aunque la pasiva aceptó ese extremo, fue insistente en que no existe justa causa, por ende, no es cierto lo que se afirmó en la alzada, relacionado con la aceptación de la demandada sobre ese aspecto; puede que en la contestación a la pretensión número dos de la demanda, la entidad haya dicho que en 1991, la Caja Agraria terminó el vínculo con los trabajadores por un convenio, pero esa manifestación en sí misma no puede considerarse confesión, porque se trata de una respuesta a una situación generalizada y no al específico caso del trabajador, que es el que interesa para la resolución del asunto, sin descontar que esa apreciación de la pasiva puede dar lugar a diversas interpretaciones o dudas acerca de la forma como concretamente las partes pusieron fin a la relación laboral, lo cual se aleja de la naturaleza de la confesión, que no es otra que relevar de prueba un hecho por la manifestación cierta, precisa y sin ambages de una situación que produzca consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*

*Ahora, como se trata de un supuesto fáctico susceptible de prueba para quien lo alega, se aplica lo previsto en el artículo 167 del CGP, además, nada se dijo en la etapa de decreto de pruebas sobre la posibilidad, cercanía o facilidad del extremo pasivo para aportar la documental que contiene la forma de terminación del vínculo laboral; de suerte que, al momento de fallar, el a quo no tenía otra solución que descartar un elemento de causación del derecho reclamado, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia, máxime que sólo a este punto se contrajo el argumento de impugnación.*

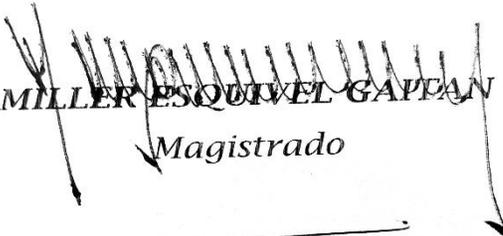
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

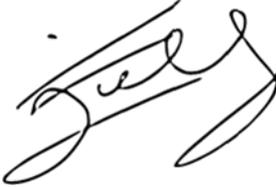
*Primero.- Confirmar la sentencia apelada.*

*Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la parte recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese legalmente a las partes.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado



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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HILDA MARÍA MUÑOZ LARA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS*

*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 Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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 3 de diciembre de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Hilda María Muñoz Lara, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFP Porvenir 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 declare que es beneficiaria del régimen de transición. Asimismo, se condene a las AFP accionadas a devolver a Colpensiones los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, gastos de administración, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros por la merma en el capital; debiendo Colpensiones recibir los anteriores valores y activar su afiliación. Por último, solicita que se condene al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 31 de diciembre de 1958; tiene cotizadas 1.664 semanas a enero de 2020; en junio de 1997 se trasladó a Porvenir SA, donde permaneció hasta agosto de 1999; de septiembre de 1999 a diciembre de 2001 estuvo afiliada a Colfondos SA; volvió a Porvenir SA de enero a junio de 2002; en julio de 2002 estuvo en Colfondos SA; regresó a Porvenir de agosto de 2002 a agosto de 2011; luego retornó a Colfondos SA de septiembre a diciembre de 2011; finalmente, desde el 1° de diciembre de 2011 ha estado afiliada a Porvenir SA; es beneficiaria del régimen de transición; esta situación nunca fue contemplada por la persona que le asesoró para trasladarse al RAIS; al momento del traslado de régimen, el asesor de Porvenir SA le indicó que en el RAIS las rentabilidades eran excelentes y altísimas, mientras que las de Colpensiones estaban en riesgo; nunca le informaron sobre las características de*

*uno y otro régimen, y menos de las consecuencias de su traslado; el 4 de septiembre de 2017 solicitó su traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa; el 14 de enero de 2020 solicitó ante Colpensiones la declaratoria de nulidad del traslado; al momento del traslado de régimen pensional no contó con la suficiente información acerca de los beneficios del RAIS y los posibles valores de su pensión de acuerdo con las cotizaciones realizadas.*

#### 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. 81 a 86); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (CD fl. 70); frente a los hechos aceptó los periodos de afiliación de la actora a esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Porvenir SA no se pronunció frente a los hechos y pretensiones del libelo inicial, pese a que fue debidamente notificada; razón por la cual mediante auto del 7 de diciembre de 2020 se le tuvo por no contestada la demanda (fl. 71).*

#### 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. 145) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, materializado a partir del 1° de julio de 1997 a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA. Declaró válidamente vinculada a Hila María Muñoz Lara al RPMPD. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados, así como lo cobrado por gastos de administración, primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexada. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones, por intermedio de Porvenir SA, lo cobrado por concepto de gastos de administración, primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexada. Condenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a actualizar la historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a la AFP Porvenir SA.*

#### *RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: la parte demandante solicitó que se condene en costas también a Colfondos SA, ya que por disposición legal la parte vencida en juicio debe asumir esa carga.*

*Porvenir SA manifestó que el traslado de régimen pensional de la actora se dio de manera libre, voluntaria, sin presiones y conforme al ordenamiento legal; situación que ha sido ratificada con el tiempo de permanencia en el RAIS. Añadió que a la demandante se le brindó asesoría, también tuvo la oportunidad de leer, preguntar e, inclusive, oponerse a la firma del formulario; además de estar inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003.*

*Finalmente, Colfondos SA indicó que no es procedente devolver los gastos de administración y las primas destinadas al seguro previsional, por cuanto fueron descontados por autorización legal y no se encuentran en su poder; aunado a*

*que, debido a su buena gestión, ha generado altos rendimientos en la cuenta de ahorro individual 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 presentó alegatos en esta instancia argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

#### CONSIDERACIONES

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

#### 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 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 63 años de edad, conforme se establece con la información consignada en su historia laboral (fl. 40); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 16 de mayo de 1997 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA (f. 127 rev.), 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 “nunca le informaron sobre las características de uno y otro régimen, y menos de las consecuencias de su traslado” y “al momento del traslado de régimen pensional no contó con la suficiente información acerca de los beneficios del RAIS y los posibles valores de su pensión de acuerdo con las cotizaciones realizadas”, 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 16 de mayo de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que desde antes de 1997 trabaja en la Fiscalía General de La Nación, y en ese año llegaron unos asesores quienes, en una reunión que no duró más de media hora, les informaron que Colpensiones sería terminada por el Estado y que en los fondos privados obtendrían altos rendimientos y se podrían pensionar a cualquier edad. Circunstancia corroborada por el dicho del testigo Alirio Antonio Arévalo Olarte, compañero de trabajo de la actora en la Fiscalía General de La Nación.*

*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, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de*

*dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 16 de mayo de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir SA.*

*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 Horizonte, hoy Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó 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*

---

<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.

*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 Colfondos 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, 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 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, a pesar 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 y 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 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 Colfondos SA, tal como lo petitiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso la citada AFP 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 Colfondos SA 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 Colfondos SA 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 lo que igualmente se le impondrá condena en costas a las AFP recurrentes, ante la improsperidad de sus recursos.*

*Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA y 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**

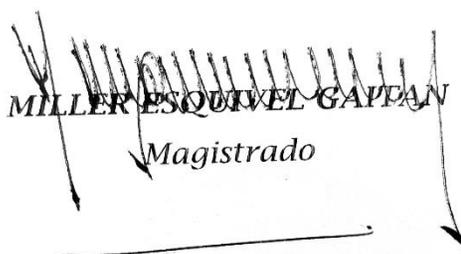
**Primero.-** *Modificar el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colfondos SA al pago de las costas de primera instancia, para lo cual deberá concurrir con el pago del 50% de las agencias en derecho fijadas por el a quo, quedando el restante 50% en cabeza de Porvenir SA.*

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

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

**Cuarto.-** Costas en esta instancia a cargo de las AFP 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 GAFFAN  
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 LEONOR NIÑO SALINAS 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 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 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 13 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*DEMANDA*

*Leonor Niño Salinas, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que se declare la “anulación por ineficacia” de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Protección SA devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, con sus respectivos rendimientos; debiendo Colpensiones activar su afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Asimismo, solicita que se condene a Protección SA, en caso de haberse otorgado previamente pensión, a seguir pagando la prestación hasta tanto se trasladen los recursos y sea incluida en nómina por parte de Colpensiones. Finalmente, peticiona que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 171 a 178 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: empezó a cotizar a pensión el 14 de agosto de 1984; se afilió a Colpatria SA, hoy Porvenir SA, el 14 de julio de 1997; el promotor de la época no le brindó información completa, veraz, adecuada suficiente y cierta respecto de las características de uno y otro régimen pensional; posteriormente se trasladó a la AFP Protección SA; solicitó ante Colpensiones y ante las AFP accionadas la anulación de su 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 (CD fl. 212); en cuanto a los hechos aceptó la fecha inicial de afiliación de la actora al sistema de seguridad social en pensiones, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 8 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.*

*En similar sentido, Protección SA se opuso a las pretensiones planteadas (CD fl. 210); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 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 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 de régimen pensional efectuado por la actora el 8 de julio de 1997, con fecha de efectividad 1° de septiembre de ese mismo año, con destino a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA. Declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Protección SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, concediéndole el término de 30 días. Ordenó a Colpensiones a recibir dichas sumas y a actualizar la historia laboral de la demandante. Se abstuvo de imponer condena en costas.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo, Protección SA y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Protección SA manifestó que no es procedente devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional, dado que se causaron rendimientos a razón de la debida gestión; accionar que está amparado por la Ley 100 de 1993; y en caso de imponerse condena en este sentido se generaría enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Agregó que estas sumas tienen una naturaleza diferente a la pensión, por lo que están afectadas con el fenómeno prescriptivo. Dijo que la actora no probó el daño causado, y que las cuotas de seguro previsional fueron pactadas con un tercero, quien no es parte en el proceso.*

*Por su parte, Colpensiones reclama que se adicione la decisión de primer grado y se condene también al traslado de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, de conformidad con las consecuencias derivadas de la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

#### *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 solicitando revocar en su integridad la decisión de primer grado, indicando que la actora no alegó, y menos demostró, los presupuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

*Por su parte, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

#### *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las accionadas 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*

*Colpensiones y Protección SA interponen sendos recursos de apelación encaminados a la procedencia o no de la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional. Al respecto, resulta pertinente recordar que el a quo no impuso condena en tal sentido, como erróneamente parece entenderlo Protección SA, razón por la cual Colpensiones solicita se adicione la decisión recurrida en este sentido. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar este punto de inconformidad, así como 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 o 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 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 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 la AFP Protección 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, 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 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 las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración 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; empero, como la sentencia apelada no ordenó la devolución de los gastos de administración y lo destinado al seguro previsional, procederá la Sala a fulminar condena en este sentido, respecto de Protección SA y Porvenir SA en atención a que Colpensiones solicitó aplicar de manera integral al precedente fijado para la materia, el cual ha determinado que todas las administradoras de pensiones a las que el reclamante se hubiese afiliado, deben realizar la devolución de los referidos gastos de administración valor que incluye lo correspondiente al seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003).*

*De manera que, se ordenará a las AFP Protección SA y Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliado, y confirmar la decisión apelada y consultada en lo demás. Es de advertir que, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez, que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, 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 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 las AFP Protección SA y Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración, en los que se incluyen las sumas destinadas al seguro previsional, debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliada en el RAIS. 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 la AFP recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 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 ROSANA BENAVIDES ROMERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS*

*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 Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Rosana Benavides Romero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad o invalidez de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información, y, por tal razón, continúa afiliada al RPMPD. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a anular el formulario de afiliación y a tenerla como afiliada de Colpensiones. Asimismo, solicita que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 29 de octubre de 1954; estuvo afiliada al RPMPD, administrado hoy por Colpensiones, desde el 10 de diciembre de 1975 hasta febrero de 2003; en febrero de 2003 fue visitada en su trabajo por asesores de Horizonte, hoy Porvenir SA, quienes le aseguraron que el ISS se iba a acabar y que, al trasladarse al fondo privado, se pensionaría con menos semanas y a una edad más temprana; Porvenir SA no desplegó ninguna actividad de asesoramiento que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado de régimen pensional; el 20 de marzo de 2018 solicitó ante Colpensiones la declaración de nulidad del traslado.*

### 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 RPMPD, su traslado al RAIS 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 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, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Colfondos SA se opuso a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora; 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*En similar sentido, Porvenir SA se opuso a los pedimentos de la demanda (archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la visita de sus asesores y el traslado de régimen pensional de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 5 del expediente digital) en la que absolvió a las demandadas 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 demandante interpone recurso de apelación argumentando que se probaron claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen, y si bien presentó*

*confusión al momento de absolver interrogatorio de parte y se mostró evasiva, eso no desestima la anterior conclusión.*

#### *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 solicitando se confirme la decisión de primer grado, toda vez que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre, espontánea y sin presiones.*

*A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la ineficacia del traslado, por lo que se debe confirmar la decisión recurrida.*

*Por último, la parte actora insistió en los argumentos esgrimidos 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 la demandante al momento de sustentar su recurso.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 4 de febrero de 2003. 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, al momento de su traslado, ella se dirigía hacia talento humano y en la escalera se encontró con una señorita quien le dijo que el ISS se iba a acabar, al igual que Cajanal y Caprecom, por lo que era necesario trasladarse de régimen a fin de quedar*

*protegida en un futuro. Dijo que no recuerda haber firmado el formulario con Porvenir SA, pero sí recuerda el que firmó con Colfondos SA, aunque acepta que tampoco recuerda las circunstancias en las que firmó este último formulario. Indicó no recordar haber recibido asesoría, salvo que en el fondo privado tendría mejores garantías.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, por lo demás precario, debe indicarse que, contrario a lo concluido por el a quo, 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. Al respecto, cumple precisar que lo expuesto en los hechos de la demanda sobre la información brindada consistente en que “al trasladarse al fondo privado, se pensionaría con menos semanas y 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 es válida 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. Sin que sea razonable, estimar que dada la permanencia del afiliado en el RAIS o por el traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, sea indicativo de la ratificación del traslado 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 4 de febrero de 2003, fecha*

*de suscripción del formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir SA., ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.*

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

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó 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. Sin que pueda derivarse confesión alguna del interrogatorio absuelto por la demandante, a voces del numeral 2° del artículo 191 del CGP, toda vez que lejos de admitir haber recibido información en los términos señalados por la jurisprudencia antes citada, Benavides Romero afirmó no recordar bien las circunstancias del traslado, afirmación que lejos de merecer el reproche realizado por el a quo, resulta apenas entendible atendiendo la edad de la accionante quien, en todo caso, aclaró que suele presentar este tipo de confusiones.*

*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 todos los dineros percibidos por los fondos privados, incluidos 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; 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 y por Colfondos SA, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, por los periodos que estuvo vinculada a cada una de ellas; 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; 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*

---

<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.

*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 accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá revocar la decisión de primera 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 Rosana Benavides Romero con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, el 4 de febrero de 2003 y su posterior traslado entre fondos con destino a Colfondos SA y su retorno a Porvenir SA, último fondo al que se encuentra afiliada. Debiendo las AFP accionadas trasladar todos 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, por el periodo que la actora estuvo vinculada a cada una de ellas. Correspondiéndole a Colpensiones recibir dichos dineros y mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado.*

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

### 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 y Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

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

### 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 Rosana Benavides Romero con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, el 4 de febrero de 2003 y su posterior traslado entre fondos con destino a Colfondos SA y su retorno a Porvenir SA, último fondo al que se encuentra afiliada; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*

**Segundo.-** *Ordenar a la AFP Porvenir SA el traslado de todos 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, debidamente indexados, a Colpensiones, entidad que recibirá*

tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

**Tercero.-** Ordenar a la AFP Colfondos SA trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo que la demandante estuvo vinculada en ese fondo privado.

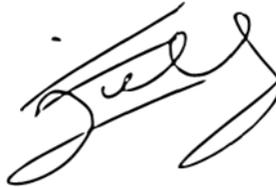
**Cuarto.-** Conceder a Porvenir SA y a Colfondos SA el término de 30 días para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

**Quinto.-** Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 a cada una de las accionadas, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAFFAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO ÁNGEL GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*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 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 AFP Porvenir SA contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quince 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

*Jairo Ángel Gómez, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos; debiendo Colpensiones recibir dichos dineros y mantener su afiliación. Asimismo, solicita que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: desde el 17 de febrero de 1977 hasta el 31 de julio de 1994 estuvo afiliado al ISS; en julio de 1994, cuando laboraba en la empresa Emulsificantes - Colemul, llegaron los asesores de Porvenir SA quienes le dijeron que el ISS se acabaría perdiendo lo cotizado hasta el momento, que en el fondo privado tendría mayores rendimientos y se podría pensionar en el momento que quisiera; no le informaron sobre el derecho de retracto; a febrero de 2018 tiene un total de 1.360 semanas cotizadas; el 3 de junio de 2020 solicitó ante Colpensiones que se declare la nulidad de su traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa el 16 de junio siguiente; el 8 de julio 2020 petitionó ante Porvenir SA declarar la nulidad de su traslado 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 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación del actor al ISS, su fecha de traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.*

*A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 15 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción,*

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

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros, a reactivar la afiliación y a efectuar los ajustes en la historia laboral del accionante, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la AFP Porvenir SA interpone recurso de apelación manifestando que sí brindó asesoría verbal al actor, conforme a la normatividad vigente al momento del traslado, por lo que no está obligada a aportar documento diferente al formulario de afiliación.*

#### **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 solicitando revocar en su integridad la decisión de primer grado, indicando que la actora no alegó, y menos demostró, los presupuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

*A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

*Por último, la parte actora presentó alegatos solicitando se confirme la decisión de primer grado, toda vez que quedó establecida la omisión en el deber de información por parte de la AFP accionada.*

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

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - 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 "existió omisión en el deber de información", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 21 de julio 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 a mediados de 1994 se presentó en su sitio de trabajo un asesor de Porvenir quien, en una reunión grupal a la que asistieron 20 o 30 trabajadores, les dijo que el ISS se iba a acabar y que la alternativa era trasladarse a Porvenir. También les indicó que si se trasladaban al fondo privado tendrían unos rendimientos y que podrían pensionarse más jóvenes; después de eso pasaron a firmar los formularios. No recuerda que le hubiesen suministrado otra información.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como 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 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 21 de julio de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA.*

*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. Y es que, en lo que refiere al medio idóneo para acreditar la información suministrada, punto central del recurso de apelación, cumple indicar que en este aspecto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se hubiese dado verbalmente, como lo afirma la recurrente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPT y SS. En efecto, el formulario de afiliación, por sí solo considerado, no acredita que se hubiese suministrado al actor información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

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

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

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

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

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

*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, 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. 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 actor. 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, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los gastos de administración y lo descontado por concepto*

---

<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 seguro previsional, situación que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada; empero, como la sentencia apelada no ordenó la devolución de los gastos de administración y lo destinado al seguro previsional, procederá la Sala a fulminar condena en este sentido respecto de Porvenir SA, en atención a que la decisión de primer grado también se conoce en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, razón por la cual se dará aplicación de manera integral al precedente fijado para la materia, el cual ha determinado que todas las administradoras de pensiones a las que el reclamante se hubiese afiliado deben realizar la devolución de los referidos gastos de administración valor que incluye lo correspondiente al seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003).*

*De manera que, se ordenará a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que el demandante permaneció afiliado, y confirmar la decisión apelada y consultada en lo demás. Es de advertir que, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiéndose por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez, que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, 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 al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

*Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la notificación 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

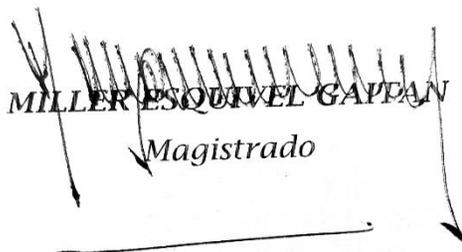
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración, en los que se incluyen las sumas destinadas al seguro previsional, debidamente indexados por el tiempo que el demandante permaneció afiliado en el RAIS. Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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

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

**Cuarto.-** Costas en esta instancia a cargo de la AFP recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 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 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*

*concierna 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, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un*

---

<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.

*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.*

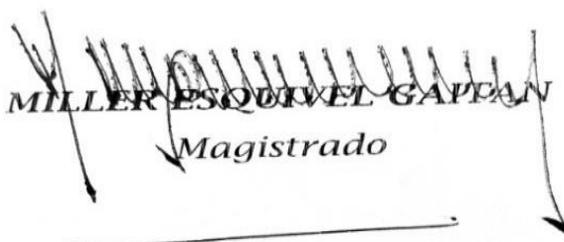
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**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 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 PATRICIA VICTORIA DEL PILAR ARGUELLO HERRERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA*

*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 Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Nicolás Ramírez Muñoz, quien se identifica con C.C. No 1.018.463.893 y la T.P. No. 302.039 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

*Notifíquese.*

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

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

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintidós*

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

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Patricia Victoria del Pilar Arguello Herrera, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombina de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Skandia SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS efectuado en noviembre de 1996, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual. Asimismo, solicita que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 35 a 40 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 1° de febrero de 1962; cotizó al ISS, hoy Colpensiones, hasta el 31 de diciembre de 1996; a partir del 1° de enero de 1997 se hizo efectivo el traslado a la AFP Porvenir SA; el asesor de la época dio una charla general a los trabajadores de la empresa EF Educación Internacional Ltda. en la que les indicó que en el fondo privado su pensión sería más favorable, que se podrían pensionar antes de los 55 años, que el ISS entraría en liquidación y que al trasladarse al RAIS les sería emitido un bono pensional; la asesoría brindada en noviembre de 1996 fue breve y general, duró aproximadamente de 10 a 15 minutos y no se efectuó de manera personalizada; al momento del traslado, el asesor omitió informarle las ventajas y desventajas de uno y otro régimen; el 3 de mayo de 2017 se trasladó a la AFP Skandia SA; el 24 de enero de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, 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, su inicial vinculación al ISS, la data de su traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 3 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.

En similar sentido, Skandia SA se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la reclamación presentada por ésta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

#### 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 la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Skandia SA a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales, junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la devolución de los gastos de administración y las primas del seguro previsional, debidamente indexados. Ordenó a Porvenir SA a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación

*de la demandante, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a efectuar los ajustes en la historia laboral de la accionante. Declaró que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales los perjuicios causados. 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: Skandia SA manifestó que no es posible devolver los gastos de administración, dado que se causaron rendimientos a razón de la debida gestión; accionar que está amparado por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, aunado a que dichas sumas no pertenecen al afiliado, no están destinadas a financiar la pensión y fueron descontadas de buena fe. Agregó que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual, por lo que resulta incompatible la devolución de las sumas de manera indexada. Además, las sumas destinadas a cubrir el seguro previsional fueron giradas a la asegurada, quien no hace parte en el proceso.*

*A su turno, Porvenir SA argumentó que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, toda vez que a la actora se le brindó información conforme a las normas que estaban vigentes en el año 1996, sin que para ese momento se les exigiera a las AFP extender documentos diferentes al formulario de afiliación, dado que la asesoría era verbal. Dijo que no es posible devolver los gastos de administración, pues, según concepto del 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera, en casos de ineficacia de traslado las únicas sumas que se retornan a Colpensiones son las cotizaciones y sus rendimientos, los cuales ya fueron trasladados a Skandia SA al momento de efectuarse el traslado horizontal. Aseguró que la devolución de esos gastos generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; aunado a que, debido a su excelente gestión, ha generado altos rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Por último, solicitó que se declare la prescripción respecto de esos gastos, ya que los mismos no están llamados a financiar la pensión de vejez.*

*Por su parte, Colpensiones funda su inconformidad en que la accionante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que su vinculación goza de plena validez. Afirmó que la actora no fue diligente frente a su situación pensional, dado que no solicitó información. Finalmente, manifestó que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera y que el interés general prevalece sobre el particular.*

#### **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 solicitando revocar en su integridad la decisión de primer grado, indicando que la actora no alegó, y menos demostró, los presupuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

*A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 27 de noviembre de 1996. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el 27 de noviembre de 1996 se encontraba laborando en EF Educación Internacional y una*

*persona encargada de la empresa los llamó a una reunión en la que un representante de Porvenir les dijo que el ISS se iba a acabar; también se les informó que Porvenir ofrecía cosas muy buenas, como la posibilidad de pensionarse más joven y con un monto más alto; luego de eso firmó el formulario de afiliación. No se le brindó información adicional. No se acercó a Porvenir a preguntar por su situación 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 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, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 27 de noviembre de 1996, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA.*

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

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar*

*que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones referentes a que la accionante no fue diligente dado que no solicitó 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*

---

<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 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 apelaciones, 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, 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 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 y por Skandia SA, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003); sumas que deben devolverse debidamente indexadas a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. 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.*

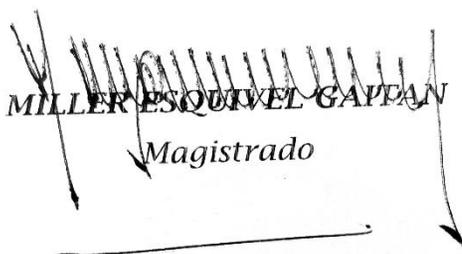
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

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

**Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, a cargo de cada una, 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 GLADYS TERESA LÓPEZ MÁRQUEZ 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 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 Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería al abogado Santiago Bernal Palacios, quien se identifica con C.C. No 1.016.035.426 y la T.P. No. 269.922 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 1° de febrero de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Gladys Teresa López Márquez, 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 “anulación por ineficacia” de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, con sus respectivos rendimientos; debiendo Colpensiones activar su afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Asimismo, solicita que se condene a Porvenir SA, en caso de haberse otorgado previamente pensión, a seguir pagando la prestación hasta tanto se trasladen los recursos y sea incluida en nómina por parte de Colpensiones. Finalmente, peticiona que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 242 a 246 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: empezó a cotizar a pensión el 10 de marzo de 1992; el 2 de diciembre de 1996 se afilió a Horizonte SA, hoy Porvenir SA; el promotor de la época no le brindó información completa, veraz, adecuada suficiente y cierta respecto de las características de uno y otro régimen pensional; solicitó ante Colpensiones y ante la AFP accionada la anulación de su 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 (fls. 284 a*

315); en cuanto a los hechos aceptó la fecha inicial de afiliación de la actora al sistema de seguridad social en pensiones, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 380 a 403). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

Por auto del 20 de agosto de 2020 se ordenó la vinculación de la AFP Protección SA (fl. 411); quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado a la AFP Horizonte SA, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (archivo 8 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 16 del expediente digital) en la que declaró

*la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales, junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, la devolución de los gastos de administración y las primas del seguro previsional, debidamente indexados. Ordenó a Protección SA a remitir a Colpensiones los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación de la demandante, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a efectuar los ajustes en la historia laboral de la accionante. Declaró que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales los perjuicios causados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a las AFP accionadas.*

#### *RECURSOS DE APELACIÓN*

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Protección SA manifestó que no es procedente devolver los gastos de administración y las primas de seguro previsional, dado que se causaron rendimientos a razón de la debida gestión; accionar que está amparado por la Ley 100 de 1993; y en caso de mantenerse la condena en este sentido se generaría enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Agregó que estas sumas tienen una naturaleza diferente a la pensión, por lo que están afectadas con el fenómeno prescriptivo; y que las cuotas de seguro previsional fueron pactadas con un tercero, quien no es parte en el proceso.*

*A su turno, Porvenir SA indicó que no existe una circunstancia de negación indefinida, por lo que no resulta procedente invertir la carga de la prueba. Agregó que la ignorancia de la ley no es excusa y que, en todo caso, la actora conocía las características de uno y otro régimen pensional, tal como lo reconoció al absolver interrogatorio de parte. Añadió que no es procedente devolver los gastos de administración, por cuanto estos no hacen parte del derecho pensional sino que corresponden a un tema netamente mercantil.*

*Finalmente, Colpensiones funda su inconformidad en que la accionante no cumplió con sus obligaciones como consumidora financiera al no tener una adecuada revisión de sus negocios. Aseguró que no se le puede obligar a recibir a la actora en el RPMPD, quien ya está próxima a pensionarse, teniendo en cuenta que nunca ha estado a cargo de la administración de los recursos provenientes de cotizaciones, lo cual afectaría la estabilidad del sistema financiero. Dijo que al momento del traslado no le era exigible a las AFP expedir documentación adicional a la aportada en el proceso.*

#### 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 solicitando revocar en su integridad la decisión de primer grado, indicando que la actora no alegó, y menos demostró, los presupuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

*Por su parte, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las accionadas 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 una manifestación del tipo “no se le brindó información completa, veraz, adecuada suficiente y cierta respecto de 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 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 Davivir, hoy Protección SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 11 de abril de 1996. 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 su afiliación a Davivir en el año 1996 se dio cuando ella estaba recién llegada Cúcuta; anteriormente estaba afiliada a Cajanal y empezó a trabajar con el Hospital San Juan de Dios, ahí fue donde le hicieron el cambio de régimen. Una persona del hospital fue quien le dijo que Cajanal se iba a acabar, que en el fondo privado tenía mayor rentabilidad, y que se podía pensionar a menor edad y con un monto de pensión más alto; no le hablaron nada sobre los puntos negativos. Posteriormente, con motivo a su cambio de trabajo, se trasladó a otra AFP, y le brindaron una información similar a la recibida al momento del traslado de régimen.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Davivir, hoy Protección 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, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 11 de abril de 1996, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Davivir, hoy Protección SA.*

*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 Davivir, hoy 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 de su traslado de régimen pensional.*

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

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por 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 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 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, 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 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 y por Protección SA, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la*

---

<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.

*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.*

*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 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 MARGARITA ROSA BUITRAGO RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*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 Tercera de Decisión.*

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

*A U T O*

*Reconocer personería a la abogada Cindy Julieth Villa Navarro, quien se identifica con C.C. No 1.129.580.577 y la T.P. No. 219.992 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 27 de enero de 2022, 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.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Margarita Rosa Buitrago Rodríguez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombina de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos; debiendo esta última entidad recibir dichas sumas y activar su afiliación. Asimismo, solicita que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de junio de 1965; se vinculó al ISS en febrero de 1988; en septiembre de 1994 suscribió el formulario de afiliación a la AFP accionada, sin haber recibido una asesoría adecuada, completa y veraz sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional; el asesor de la época le dijo que el ISS se acabaría y que en el fondo privado se pensionaría a la edad que quisiera y con el monto que escogiera; ha cotizado más de 1.300 semanas; los días 12 y 13 de febrero de 2020 solicitó ante las accionadas 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 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil,*

*descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 28 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 5 de octubre de 1994, con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1994. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos generados, sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, sin deducción alguna; para lo cual concedió el término de un mes. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la accionante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. 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 la actora realizó su traslado al RAIS de manera libre, espontánea, sin presiones y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además de conocer las características de ese régimen, como lo reconoció al absolver interrogatorio de parte. Agregó que resulta desproporcionado que la AFP accionada asuma la carga de la prueba, dado que al momento del traslado no era obligatorio dejar un registro*

*documental sobre la información brindada. Indicó que la actora no probó el efecto adverso, como lo es la pérdida del régimen de transición, sino que busca a través del presente proceso obtener un beneficio indebido al estar en desacuerdo con el eventual monto de su mesada pensional; aunado a que ha permanecido en el RAIS por más de 20 años.*

*Por su parte, Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que, para el momento del traslado, no existía norma que la obligara a extender documento diferente al formulario de afiliación. Aseguró que el traslado de la actora se dio de manera libre y voluntaria, ratificando su voluntad con el tiempo de permanencia en el RAIS. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración, dado que se causaron rendimientos a razón de su debida gestión; accionar que está amparado por la Ley 100 de 1993, aunado a que dichas sumas no están destinadas a financiar la pensión y se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.*

#### *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 solicitando se revoque en su integridad la decisión de primer grado, indicando que la actora no alegó, y menos demostró, los presupuestos legales para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

*A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.*

*Finalmente, el demandante sustentó sus alegatos afirmando que se encuentran acreditados todos los supuestos que dan lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual peticiona que se confirme en su integridad la decisión recurrida.*

#### *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las accionadas 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 una manifestación del tipo “no recibió una asesoría adecuada, completa y veraz sobre las implicaciones del cambio de 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 5 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.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1994, cuando trabajaba en Colciencias, llegaron unos asesores de los fondos privados quienes, a través de una reunión grupal, les dijeron que el ISS se acabaría y la única opción que tenían era cambiarse a un fondo privado; también les informaron que, al trasladarse a un fondo privado, accederían a una mejor pensión y podrían retirarse en el momento que quisieran. No le indicaron cómo se obtendría esa mejor pensión ni le hablaron de rendimientos financieros. Luego de esa charla diligenció 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 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 el 5 de octubre de 1994, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir SA.*

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

*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 la AFP 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, 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 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, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional*

---

<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.

*(artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003); sumas que deben devolverse debidamente indexadas a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. 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.*

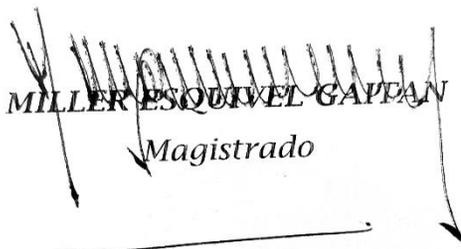
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

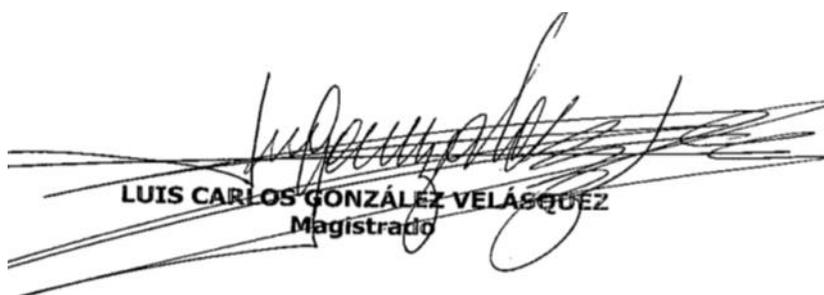
**RESUELVE**

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

**Segundo.-** *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00, a cargo de cada una, 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 FLOR ÁNGELA MONCADA ARIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y PORVENIR 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 declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

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

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

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 20 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

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

*Flor Ángela Moncada Ariza, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A., ante la omisión en el deber de información de la ésta última, en consecuencia, se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora en el RPMPD, sin solución de continuidad. Se condene a Porvenir S.A.,*

*trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de Ahorro Individual. Así mismo pide que se condene a la AFP a pagar cualquier diferencia económica, que surja para asegurar la financiación de la pensión en el RPMPD y por las costas y agencias en derecho.*

*Como fundamento de las pretensiones, indicó que nació el 2 de agosto de 1963; que alcanzó a cotizar al ISS hoy Colpensiones, tan sólo 22 semanas, a partir del 15 de mayo de 1991; que con las supuestas bondades que le informaron los asesores de la AFP Porvenir S.A., el 1° de febrero de 1995 se trasladó al RAIS, fecha a partir de la cual se encuentra cotizando para un total de 1084 semanas; que en el momento del diligenciamiento del formulario no le fueron informadas las consecuencias que podía acarrear el traslado de régimen pensional; que durante su vinculación al RAIS, la AFP le ha remitido extractos e información relativa con su cuenta y las utilidades generadas, pero jamás le informó sobre la cuantía probable de la prestación, ni siquiera antes de que se cumpliera la limitación legal para poder regresar válidamente y sin ninguna interferencia al RPMPD administrado por Colpensiones; que el 13 de septiembre de 2018, radicó petición a la AFP con el propósito de conocer una simulación pensional; que el 17 de septiembre de esa anualidad recibió respuesta de Porvenir, en la cual le indicó que su mesada pensional, si quería dejar de cotizar en ese momento, ascendería a \$828.116; que al conocer ese dato, intentó una liquidación como si hubiera cotizado al RPMPD, frente a lo cual encontró que una eventual mesada pensional con Colpensiones asciende a \$1.811.500; que en enero de 2019, radicó formulario de afiliación a Colpensiones, quien emitió respuesta negativa, aduciendo que no era posible su retorno al RPMPD, porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.*

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

*Aunque la demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por descongestión, atendiendo a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, continuó su trámite el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad.*

*Colpensiones en forma legal y oportuna, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial al RPMPD y las semanas allí cotizadas, lo mismo que la respuesta negativa al traslado que la activa le presentó, sobre los demás adujo que no le constaban, porque se trataba de situaciones relacionadas con el fondo privado de pensiones. Como excepciones propuso las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe en Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada.*

*Por su parte, Porvenir S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación al libelo, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarles, aduciendo para el efecto, que se atenía al formulario de afiliación suscrito por la parte demandante con Porvenir en 1995, según el cual, se evidencia la libre escogencia al RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada tal como se observa en la declaración escrita a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT, y que en todo caso, por tratarse por un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPMPD como en el RAIS, se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Propuso excepciones de mérito las cuales denominó de la siguiente manera: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.*

**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, grabación de audiencia anexa en el expediente digitalizado, en la que resolvió:*

*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante FLOR ANGELA MONCADA ARIZA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.*

*TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.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 seguros.*

*CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.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 actora en el RAIS.*

*QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A*

*SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

*SEPTIMO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.*

*OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior jerárquico, SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.*

**RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión de la a quo las demandadas la recurren, así: Colpensiones reprocha la orden dada a ella, pues considera que, como la entidad no participó en el trámite de traslado, no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado, lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, y en todo caso, la AFP condenada debe pagarle los perjuicios económicos que se pueden generar con el cumplimiento de la orden con fundamento en la teoría del daño jurídico del derecho civil, esto es, que quien lo causa debe repararlo.*

*Porvenir S.A manifiesta que no es posible declarar la ineficacia con sustento en el incumplimiento de una mera expectativa pensional, sino es cuando se ha vulnerado el derecho a la libre elección, lo cual no se configuró, por el contrario, quedó demostrado que a la demandante se le brindó una asesoría en donde se le explicó conforme a la normativa vigente, todas las características del RAIS y su paralelo con el RPM, lo cual se acredita con el interrogatorio de parte y la misma demanda; que para el momento del traslado, no existía obligación de aportar u ofrecer mayor información sobre la expectativa pensional y demás elementos, pues eso sólo surgió a partir del 2014, y en todo caso, la prueba de la libre afiliación se encuentra en la firma del formulario de traslado; que no es viable la condena a devolver los gastos de administración, la prima de seguro provisional y las comisiones, pues todo ello no hace parte de la financiación de la pensión de vejez, sino de la gestión de la administradora, la cual debe reconocerse independientemente de la declaratoria de ineficacia, con mayor razón, si la Superintendencia Financiera tiene el criterio según el cual, en esos eventos sólo procede la devolución de las cotizaciones y los rendimientos, y en todo caso, dichos conceptos quedaron cobijados por la figura de la prescripción.*

#### *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 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 una manifestación como: “mi cliente no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podía tener el hecho de trasladarse al régimen de Ahorro Individual (...) los extractos enviados a mi cliente (...) no contienen ni el monto de pensión que podría alcanzar al momento de retirarse (...) no informó a mi cliente que el régimen de prima media le convenía más (...) no le informó a mi cliente sobre las proyecciones (...)”; 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, 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. Precizando 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 si bien aseguró que no fue obligada a suscribir el formulario de traslado, y que lo firmó con plena consciencia, inmediatamente precisó todo lo relacionado con el momento de esa actuación, según la cual, estaba trabajando en la alcaldía de Aguachica-Cesar, y una asesora de Porvenir S.A., reunió a un grupo de trabajadores, en donde señaló que el ISS se iba acabar, por ende, era mejor que todos se trasladaran, máxime que en el RAIS, iban a obtener mejores beneficios, tales como rendimientos financieros, pensionarse a cualquier edad, aportes voluntarios, inclusive una mejor mesada, por lo que, ante semejante advertencia de extinción de la administradora del RPMPD, los trabajadores se convencieron sin hacer ninguna otra pregunta y sin leer con cuidado el formulario de afiliación. Agregó, que ante las quejas de conocidos sobre el valor de la pensión y, luego de haber perdido la oportunidad de regresar a Colpensiones, solicitó un estudio de su situación pensional a Porvenir, con lo cual comprobó en su propio caso, la veracidad de las inconformidades del resto de trabajadores, quienes, pese a haber cotizado con cierto ingreso base, al final obtuvieron la pensión de vejez con el mínimo; que si la asesora comercial le hubiera informado las desventajas del traslado en su caso particular, seguramente no hubiera tomado esa decisión.*

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

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

*cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir 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 1995, era obligación de Porvenir, **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; precisando que, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

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

*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*

---

<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.

*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, aunque no haya participado en el traslado, 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 a quo, 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).*

*Finalmente, 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.*

*Adicionalmente, no puede separarse el tipo de emolumentos que son consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de esa declaración principal como lo pretende la AFP Porvenir en su alegato de prescripción sobre los gastos de administración y demás conceptos que debe devolver, pues se trata de elementos que hacen parte de un todo, y por ello, la imprescriptibilidad es aplicable a esos puntos.*

*Por último, a fin de evitar controversias futuras, 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.*

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

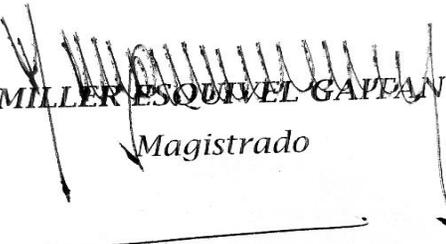
**RESUELVE**

*Primero.- Adicionar el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada., en el entendido de conceder a Porvenir 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.*

*Segundo.- Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada y consultada , por las razones mencionadas en la parte motiva de esta providencia.*

*Tercero.- Costas de esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas en favor de la demandante.*

*Notifíquese legalmente a las partes.*

  
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 OLGA CECILIA GONZÁLEZ PARDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA*

*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 Tercera de Decisión.*

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

**A U T O**

*Reconocer personería a la abogada Angy Graciela Castellanos Durán, quien se identifica con C.C. No 1.019.077.818 y la T.P. No. 251.798 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 24 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

*Olga Cecilia González Pardo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a la AFP Skandia 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 Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos, junto con sus rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, solicita que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 17 de julio de 1959; se afilió al RPMPD el 13 de diciembre de 1984; hasta la fecha ha cotizado 1.520 semanas; el 6 de febrero de 1997 firmó el formulario de traslado a Skandia SA, sin que se le brindara información adecuada y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional; tampoco se le informó sobre las desventajas de su traslado al RAIS; el 21 de abril de 2017 solicitó ante Colpensiones la declaratoria de nulidad del traslado.*

### 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. 110 a 120); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS, así como la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

*A su turno, Skandia SA se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda (fls. 57 a 77); frente a los hechos las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS, así como 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 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. 183) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS el 6 de febrero de 1997. Declaró que la accionante se encuentra efectivamente afiliada al RPMPD. Ordenó a Skandia SA a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración, esto último saldrá del propio patrimonio de la AFP a efecto de garantizar la estabilidad financiera del RPMPD. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y reactivar la afiliación de Olga Cecilia González Pardo. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Skandia SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Skandia SA manifestó que no existen razones fácticas y jurídicas que conduzcan a declarar la ineficacia del traslado, toda vez que tal decisión fue tomada de manera consciente, voluntaria, espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la época; aunado a que la actora recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado al RAIS. Indicó que la ineficacia se encuentra regulada por el Código de Comercio, por lo que no es dable acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que de esta manera se desconoce la labor desarrollada por la AFP en virtud de la cual se generaron unos rendimientos, los cuales, al devolverlos al RPMPD, generan un enriquecimiento*

*sin causa. Agregó que la actora nunca ejerció su derecho de retracto, ni cumplió con las cargas que estaban en cabeza suya.*

*Por su parte, Colpensiones funda su inconformidad en que la accionante está inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 100 de 1993, por lo que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Dijo que la AFP accionada cumplió con todos los requisitos exigidos por las normas vigentes en la época del traslado para que el mismo sea tenido como válido. Por último, aseguró que la accionante no demostró la lesión en sus derechos y que su único descontento es el monto de su mesada.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

*A su turno, Colpensiones argumentó que no se configuran los presupuestos fácticos ni legales para que se declare la ineficacia del traslado.*

*Por último, la parte actora solicitó que se confirme la decisión de primer grado, toda vez que la AFP demandada no cumplió con el 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 accionadas 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 62 años de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 14); 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 6 de febrero de 1997 a la AFP Skandia SA (fl. 78), 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 “no se le brindó información adecuada y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional” y “no se le informó sobre las desventajas de su traslado al RAIS”, 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 Skandia SA a la demandante, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 6 de febrero de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La accionante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la fecha en que se dio el traslado de régimen, llegaron hasta la empresa donde trabajaba unos asesores quienes, en una reunión que se adelantó en el auditorio, les dijeron que en los fondos privados accederían a mejores rendimientos, pero no les informaron de manera precisa “cómo funcionaba eso”. Dijo que no leyó el formulario de afiliación, sólo lo firmó.*

*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 Skandia 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 el 6 de febrero de 1997, fecha de suscripción del formulario de afiliación con Skandia SA.*

*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 “declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Skandia 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 de su traslado de régimen pensional. Y es que, a pesar de que la información se haya dado verbalmente, ello no exime a la pasiva de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Skandia SA referentes a que la actora no cumplió con las cargas que le correspondían o que, para resolver el presente litigio, debe acudir a las disposiciones del Código de Comercio, 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 la administradora de fondos de pensiones y la 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 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*

---

<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.

*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 Skandia SA, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003); sumas que deben devolverse debidamente indexadas a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

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

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

*Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP 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,*

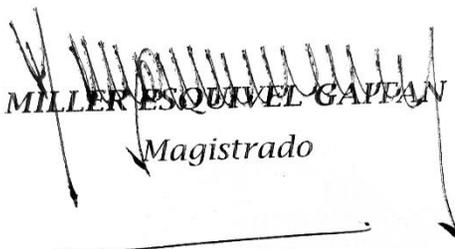
#### **R E S U E L V E**

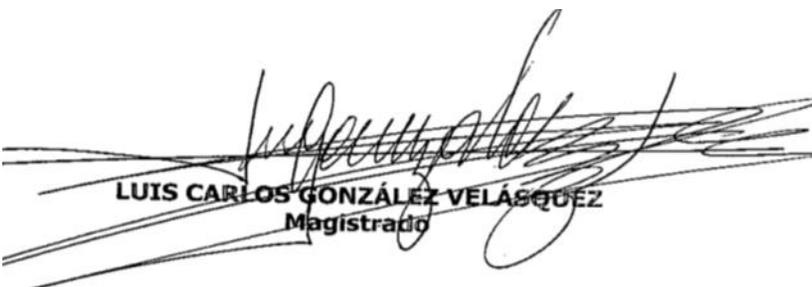
**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Skandia SA el término de 30 días para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GATTÁN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado