

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 22 de marzo de 2019 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende el pago de diez días de incapacidad por la suma \$2'034.400, e intereses moratorios. Igualmente, solicita se inicie investigación administrativa contra SALUD TOTAL E.P.S.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** David Arango Gómez se encuentra vinculado laboralmente a la compañía desde enero de 2012; **2)** David Arango Gómez se encuentra afiliado a SALUD TOTAL E.P.S.; **3)** Ha cotizado de forma completa y oportuna durante toda la vigencia de la relación laboral con el señor Arango Gómez; **4)** El 01 de junio de 2016, el señor Arango Gómez suscribió la póliza de seguro médico N° 021325659 con Allianz Medical Gold; **5)** Dentro del plan de medicina prepagada de la E.P.S. SALUD TOTAL se encuentra la prestación de servicios de médicos ajenos a la red de servicios; **6)** El 20 de septiembre de 2016, el Instituto Nacional de Cancerología Royal Marsden Hospital, dentro del marco de servicios de la medicina prepagada, realizó intervención quirúrgica al señor Arango Gómez, y se otorgó una incapacidad del 20 de septiembre al 01 de octubre de 2016, esto es, por 12 días; **7)** Pagó el auxilio monetario de la incapacidad de su trabajado; **8)** El 11 de octubre de 2016 inició el trámite de transcripción de la incapacidad; **9)** El 10 de noviembre de 2016 le fue negado el reembolso de la incapacidad; y **10)** El 11 de noviembre de 2016 reenvió la documentación para lograr el reembolso del valor pagado por concepto de incapacidad, empero, la E.P.S. transcribió parcialmente la orden médica, por ocho días, pagando únicamente seis días de incapacidad.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**SALUD TOTAL E.P.S.** (fls. 73 a 77), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, inexistencia de obligación de transcripción de incapacidades médicas por parte de la E.P.S.- Reconocimiento y pago conforme lo reconocido por Salud Total E.P.S.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Indicó que la aceptación total, parcial, o el rechazo de una incapacidad se sujeta a la potestad o arbitrio de las E.P.S., sin que sea exigible a las mismas la aceptación total so pretexto de invocar la autonomía de un profesional médico, pues se trata de un precepto diferente, al configurar una situación, la expedición de la incapacidad, y la otra, la de su reconocimiento y pago; y que Allianz Seguros de Vida S.A. no hace parte de SALUD TOTAL S.A. como red prestadora ni como entidad de medicina prepagada.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 97 a 100), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de marzo de 2019, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la que le ordenó a SALUD TOTAL E.P.S S.A. pagar a la sociedad demandada, la suma de \$1'178.857 con las correspondientes actualizaciones monetarias en favor de RODRÍGUEZ & ASOCIADO ABOGADOS S.A.S., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que está acreditado el pago de las incapacidades por parte del empleador a favor del señor David Arango Gómez; que están acreditados los tiempos en salud de los aportes a salud, sin que se evidencia mora en los dos meses anteriores a la incapacidad pretendida; que el trabajador tenía un mínimo de cuatro semanas de cotización ininterrumpida al sistema general de salud; que al pagarse la suma de \$813.801 por parte de la E.P.S. por los diez días de incapacidad únicamente se adeuda la suma de \$1'178.857; y que no hay lugar a intereses moratorios, pues la incapacidad se pagó de manera parcial.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

**SALUD TOTAL E.P.S.** (fls. 104 a 106) manifestó que es potestad de la E.P.S. reconocer las incapacidades que no están

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

transcritas de manera total o parcial; que la E.P.S. en uso de la anterior autonomía estableció que los días de incapacidad debieron ser ocho, y pagó seis; y que las incapacidades son pagadas con recursos del Estado, de manera que, en caso de efectuarse la condena, se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar a ordenar a SALUD TOTAL E.P.S. el pago de la incapacidad laboral generada a favor de David Arango Gómez, trabajador de RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.

#### **LA INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL Y SU TRANSCRIPCIÓN.**

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

**“Artículo 121.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, sea público o privado, según el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Por otra parte, y en relación con la **transcripción**, es necesario recordar que es considerado como el acto mediante el que un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión, pero no adscrito a la EPS; este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto, tal como al efecto lo establece el artículo 17 de la Resolución 2266 de 1999.

Así mismo, en sentencia T-279 de 2012, la H. Corte Constitucional determinó:

«Antes de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, el afiliado incapacitado debía acercarse a la EPS correspondiente, para transcribir la incapacidad expedida por su médico tratante. Una vez obtenido el documento oficial de la EPS, debía allegarlo a su empleador para que este hiciera efectivo el pago de la incapacidad. Luego, el empleador recobraba a la entidad promotora de salud respectiva.

El Decreto 19 de 2012, en su artículo 121, dispuso:

**(...) Dicho artículo, liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la transcripción del certificado de incapacidad, trasladándolo al empleador.** Ahora, el trabajador tramita la incapacidad directamente con el empleador y éste debe hacer efectivo el pago. Luego, el empleador debe radicar o transcribir dicha incapacidad ante la EPS correspondiente, para hacer efectivo el recobro de lo pagado al trabajador.»

No obstante, según Concepto del Ministerio de Salud 201611600649671 del 14 de abril de 2016, no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, lo que trae como consecuencia que ésta se realice bajo los parámetros establecidos por las E.P.S., según las oportunidades y mecanismos que determinen su aceptación, de modo que es la E.P.S. en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará. Al punto, señala:

“Hecha la aclaración anterior, vale la pena reiterar lo mencionado por este Ministerio en diferentes conceptos jurídicos, en cuanto a que **no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye, la transcripción de incapacidades**, no obstante, siempre, por ésta se ha entendido como aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo. En este evento, si la EPS decide transcribir la incapacidad emitida por una institución ajena a su red de prestadores de servicios, esta deberá reconocer la prestación económica derivada de la misma, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015.

(...) Sobre el particular, debe advertirse que no existe una norma que regule de forma expresa la transcripción de incapacidades, en este caso, como ya se ha señalado, **será entonces la Entidad Promotora de Salud en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará”.**

De esta manera la E.P.S. goza de autonomía para determinar si transcribe la incapacidad emitida por una institución o profesional ajeno a su red de prestadores de servicios, no obstante, ello no quiere decir *per se* que la E.P.S. no deba reconocer la prestación que se solicita sea objeto de transcripción, como quiera que conforme a la sentencia **T-760 de 2008**, el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el **médico tratante**, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido. Sobre el tópico, la sentencia en mención señaló:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en

principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante', incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados".

Así las cosas, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito en los términos expuestos.

#### **DEL CASO CONCRETO**

De lo probado en el proceso:

- i)** El 17 de enero de 2012, David Arango Gómez ingresó a laborar a RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S. mediante contrato a término indefinido, con una asignación de \$4'000.000 (fls. 42 a 51).
- ii)** El 01 de junio de 2016, David Arango Gómez suscribió la póliza de seguro médico N° 021325659 con Allianz Medical Gold (fls. 33 a 41).
- iii)** A David Arango Gómez le fue otorgada incapacidad del 20 de septiembre al 01 de octubre de 2016 por parte del galeno Juan de Francisco Zambrano, por concepto

de postoperatorio de tiroidectomía subtotal derecha (fl.10).

- iv)** La accionante pagó la incapacidad del trabajador David Arango Gómez (fl.32).
- v)** El 11 de octubre de 2016, la sociedad demandante solicitó el reembolso de la incapacidad que pagó a favor de David Arango Gómez; la que se negó el 10 de noviembre de 2016 (fls.11 y 24 a 26), solicitud que reiteró el 11 de noviembre de 2016 (fls.24 a 29).
- vi)** El 29 de noviembre de 2016, SALUD TOTAL E.P.S. procedió al pago de la incapacidad, empero únicamente por ocho días de incapacidad, asumiendo en tal sentido, seis días (fl.9).

Sentado lo anterior, y de un análisis integral de las probanzas referidas, lo primero por indicar es que existe una negativa parcial de la E.P.S. en reconocer la incapacidad de David Arango Gómez, por cuanto esta no fue objeto de transcripción total, sino únicamente de ocho días.

Al respecto, una vez efectuado el recobro por parte del empleador, SALUD TOTAL E.P.S. **gozaba de la autonomía para transcribir o no la orden del médico tratante**, pues éste era ajeno a su red de servicios, sin embargo, ello no quiere decir, que se abstenga del reconocimiento de la prestación, pues conforme a la sentencia T-760 de 2008, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si ésta tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.

En el sub lite, no se observa que SALUD TOTAL E.P.S. una vez le allegada la incapacidad del trabajador David Arango Gómez

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01  
Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**  
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

hubiera descartado la incapacidad por razones científicas, pues únicamente se manifiesta que “se reconocen los días establecidos para este diagnóstico”, sin enunciar argumentos que permitan determinar que la razón del pago de un número menor de días obedecen a bases científicas. Por tanto considera la Sala que ante la ausencia de valoración de la E.P.S. de los motivos médicos que llevaron a disminuir los días de incapacidad de David Arango Gómez, hay lugar a reconocer esta prestación, pues sobrepasó dos días, estando a cargo de la E.P.S. diez días, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013, debiéndose descontar lo que ya fue objeto de pago; misma conclusión a la que arribó el A Quo.

### **SOSTENIBILIDAD FISCAL**

La sostenibilidad fiscal es un principio incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 03 de 2011, mediante el que se exige tener en cuenta los instrumentos de política fiscal y la protección efectiva de la capacidad económica del Estado. Al punto, el artículo 48 constitucional consagra:

“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

En el sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 que dispone:

“las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo”.

Sentadas las anteriores premisas, debe advertir la Sala que con la decisión que se adopta no se desconoce tal principio, como quiera que la condena que se impone se hace en obediencia a la prestación de unos servicios o tecnologías de salud, derecho

fundamental que no puede ser soslayado con base en el principio de la sostenibilidad fiscal, por demás que el Estado es el encargado de asegurar “progresivamente” su goce efectivo, siendo necesario ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer derechos fundamentales, que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo para el logro de dichos objetivos públicos. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2018, indicó:

“El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01

Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado».

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos».

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

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

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO** - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00418 -01

Demandante: **RODRÍGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.**

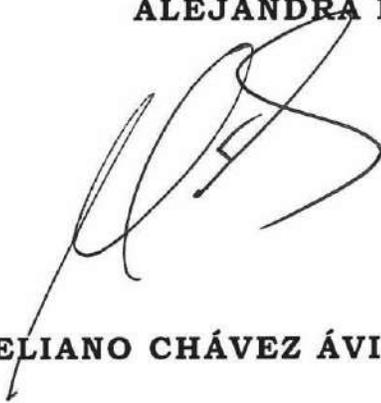
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

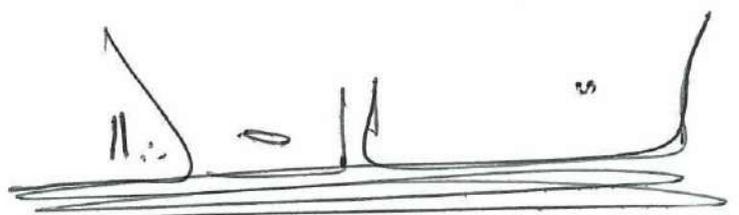
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11001310500820200005101

Demandante: MARÍA LUISA LEAL ARAZAN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

**AUTO**

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas y a estudiar en Consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA LUISA LEAL ARAZAN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prime media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), efectuada el 30/03/2000.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los intereses, rendimientos y cuotas o comisiones de administración y a esta última a recibir el traslado de dichos dineros y activar la afiliación de la actora.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

### II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**PORVENIR S.A.** (Fl. 124 a 159 Archivo 01), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como

excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

**COLPENSIONES**, (fl. 172 a 183 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la **ineficacia** de la afiliación de la demandante del RPM al RAIS realizada a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. el 30 de marzo del 2000, ordenando a esta entidad a trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración y declaró válidamente vinculada a la demandante al RPM.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.**, argumentó que, no le asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar la ineficacia en base a una falta de información, cuando no le era obligatorio a esa AFP brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la Circular No. 19 de 1998 emitida por la Superfinanciera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se materializara y fuera válido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario y de conformidad con las disposiciones que sobre el particular había, tal y como

Código Único de Identificación: 11001310500820200005101

Demandante: MARÍA LUISA LEAL ARAZAN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

ocurrió en el presente caso, por lo que esa entidad cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo.

Indicó que la permanencia de la demandante en el RAIS ha sido una decisión libre y voluntaria que se ha ratificado con el tiempo, con lo que en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativo al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes al RAIS, además, citó la sentencia SL .3752 del 2020 y la SL 1061 de 2021 en donde se pone de presente los actos de relacionamiento y que estos se deben entender como la voluntad de permanecer en el RAIS.

Señaló que el deber de otorgar documentos con la asesoría nace en el año 2014 con la Ley 1748, además la de realizar proyecciones de manera escrita, pues con anterioridad a la expedición de dicha norma las asesorías y proyecciones se daban de manera verbal y por ello solo existe el formulario de afiliación, el cual prueba la asesoría que se le brindó a la demandante y que ella aceptó haber entendido y las condiciones del RAIS, sin que pueda obligarse a esa AFP a lo imposible con documentos que para la época del traslado no existían, ello siguiendo el principio general del derecho que nadie esta obligado a lo imposible.

Expuso que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues conforme el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de pensión de invalidez y sobrevivientes, además, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están llamados a prescribir, adicionalmente expuso que la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020 indicó de forma expresa que los eventos en los que procediera la ineficacia del traslado, las

únicas sumas a retornar serían las concernientes a las cotizaciones y sus rendimientos, sin mencionar la prima de seguro previsional o los gastos de administración, los cuales son una contraprestación a la excelente gestión de Porvenir S.A. en la generación de rendimientos los cuales se están devolviendo.

Concluyó indicando que la prescripción debe ser declarada respecto a los gastos de administración, las primas de seguros y cualquier otra suma diferente a las cotizaciones y rendimientos, teniendo en cuenta que estos gastos de administración no están ligados a garantizar la pensión de vejez, derecho que sí goza de la característica de imprescriptibilidad.

Por su parte, **COLPENSIONES** precisó que, al momento en que se realizó el traslado de la actora no existía ninguna obligación de documentar la asesoría del traslado ni realizar proyecciones, pues ello surge con posterioridad a la vinculación, de manera que, para ese momento con la firma del formulario de afiliación el traslado es válido, siendo este el único documento que demuestra la asesoría que se le brindó a la demandante, por lo que exigir a las AFP un documento distinto del formulario u otro medio probatorio resulta imposible de acreditar, máxime cuando, en el caso de la demandante el traslado de hizo hace más de 20 años y conforme ella lo manifestó en su interrogatorio no contó con un asesor, por lo que no se podía contar con esta prueba para acreditar y dar cuenta cuál fue la información que se le brindó, por lo que se deben analizar cuáles eran las exigencias para el momento del traslado y si estas se cumplieron o no para saber si el traslado es válido, dado que no se cuestiona la suscripción por parte de la demandante.

Frente al interrogatorio de parte, dijo, que si bien es cierto la juez de primer grado indicó que no es posible obtener una confesión y que hay una variación de los supuestos fácticos que

relata la demandante en comparación con lo que se manifiesta en la demanda, a su juicio, ello resulta relevante ya que si, conforme lo dicho por la demandante en su interrogatorio fue presionada para el traslado o este fue impuesto por el empleador, nos encontramos frente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley L00 del 93 por lo que no solo habrá lugar a ineficacia del traslado sino que habrá multas y sanciones en contra de ese tercero que haya restringido el derecho y en esa medida, de haberse dicho todo esto en la demanda tal vez la defensa de Porvenir y Colpensiones hubiese podido ser dirigida en otro sentido y no solo en la ausencia e incumplimiento del deber como quedó plasmado en el escrito.

Señaló que, de considerar confirmar el fallo de primera instancia, solicita la adición de la sentencia en el entendido que junto con los gastos de administración se disponga la indexación de estos conceptos, toda vez que Porvenir S.A. ejerce la administración de la cuenta pensional de la demandante hace más de 20 años, de forma que estos dineros han sufrido depreciación monetaria, ello en aras de garantizar el patrimonio de la entidad.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos

requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, **(SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor

		pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

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. 0 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. 0 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.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del

traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/02/1981 (fl 46 Archivo 01 y carpeta "CD fl.85"); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/03/2000 a través de la A.F.P Horizonte (hoy Porvenir S.A) (fl 28 Archivo 01 y Carpeta "CD fl.85); y **iii)** el día 12/11/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 24 Archivo 01)

Pues bien, a folios (fl 28 Archivo 01 y Carpeta "CD fl.85) se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 30/03/2000 con la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio

---

<sup>1</sup>según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, más aún, si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, para resolver las inconformidades de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES en su recurso, es importante destacar que, contrario a lo que pretenden se declare, la obligación de debida información para los afiliados ha estado vigente desde la creación de las AFP a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; no obstante no puede perderse de vista que este desde un inicio ha existido, tal y como de forma precisa lo describe nuestra jurisprudencia. Así las cosas, con la prueba obrante en el plenario no se acredita que, para la fecha del traslado de la accionante, esto es 30/03/2000, se haya efectuado un debido asesoramiento a la demandante por parte de Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad con la que se efectuó el traslado de régimen.

Frente al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que

Código Único de Identificación: 11001310500820200005101

Demandante: MARÍA LUISA LEAL ARAZAN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Horizonte - hoy Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la AFP encartada en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Leal Arazán en el traslado que esta realizó en el mes de marzo del año 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-.

Esto que se dice conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es,

que la afiliación del demandante con el I.S.S, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal

declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

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

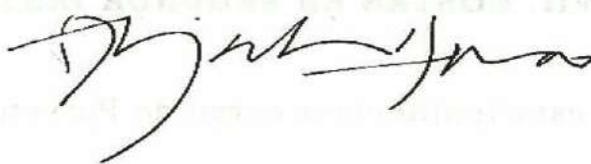
**PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

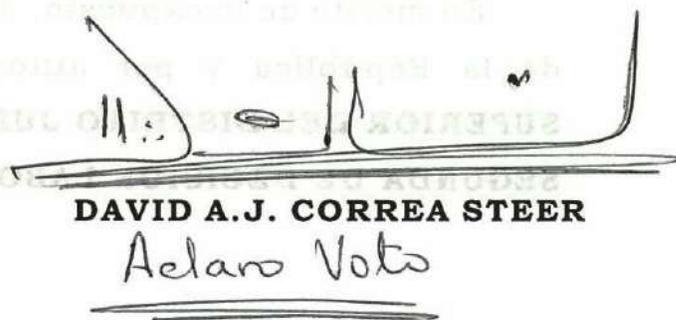
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
Aclaro Voto

Código Único de Identificación: 11001310500820200005101

Demandante: MARÍA LUISA LEAL ARAZAN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000  
a cargo de PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901  
Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

**AUTO**

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de PORVENIR S.A., y a estudiar en Grado Jurisdiccional De Consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **SARY GINNETH PÉREZ LINARES** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados y a Colpensiones a recibir dichos dineros y tener a la accionante como su afiliada.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 68 a 82), contestó la demanda, se opuso a la mayoría de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones mérito las de prescripción, presunción de

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

**PORVENIR S.A.** (fls. 128 a 175), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación y la genérica.

Mediante auto proferido en la audiencia celebrada el 3 de febrero del 2020, se dispuso la vinculación de **COLFONDOS S.A.** (fls. 212 a 291, entidad que contestó la demanda, se opuso a la mayoría de las pretensiones, declarando que no le constaban o que no eran ciertos la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones me mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del RPM al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Porvenir S.A., trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, a Colpensiones, y a esta última a recibir dichos recursos, activar

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

la afiliación de la actora y acreditar las semanas efectivamente cotizadas.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.** Argumentó que, esa entidad brindó a la demandante una información clara y suficiente sobre los efectos que le acarrearían el cambio de régimen y que no fue valorado el consentimiento informado para su libre escogencia, el cual se materializó con la solicitud o formulario de afiliación, documento público en el que consta que la actora realizó el traslado de forma libre, espontánea y sin presiones, conforme lo exigido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, la cual no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino que es un requerimiento legal, expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien es una persona que se presume capaz de obligarse.

Indicó que, en el hipotético caso de aceptar que la voluntad de la afiliada estuvo viciada por la ausencia de la información o de que esta fue insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable e inocultable que siempre se le garantizó el derecho de retracto y para el momento del traslado en el año de 1999 se desconocían los términos contenidos en la reforma pensional del año 2003, en donde se limitó el traslado de régimen de pensional a los afiliados al sistema, habiendo informado a todos sus afiliados mediante un comunicado de prensa de amplia circulación, sobre la posibilidad del traslado de régimen pensional dentro del año de gracia establecido en la Ley 797 de 2003, lo cual no fue valorado por el juzgador de primer grado.

Señaló que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de pensión, constituye un real desfinanciamiento al sistema pensional subsidiado por el Estado, además que, hacerlo en forma masiva sin estudiar cada solicitud, estaría

creando un sistema "ilegal" que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que eso conlleva.

Precisó que Porvenir S.A. es una entidad de carácter particular que se desempeña como administradora del RAIS de conformidad con las facultades conferidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, respecto a las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, debe presumirse la buena fe de las primeras y aquel que pretende impugnar sus actos como de mala fe deberá demostrarlo a través de los medios idóneos.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

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. 0 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. 0 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.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:**

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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.”

**f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es *la ineficacia* y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de**

las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.  
(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública

administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD el día 05/06/1987. Ello se desprende de la documental visible a folio 151 vto, pues en este se evidencia una información

proveniente de la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la que se soporta con las documentales vistas a folios 140 y 143 vto; **ii**) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 17/08/1994 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl 140); **iii**) posteriormente efectuó traslado a Porvenir S.A. el 13/12/1996 (fl. 39, 140 y 141), y **vi**) el día 02/11/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., y en el mismo sentido elevó petición ante Porvenir S.A. el 31 de octubre de la misma anualidad (fls. 27 y 40).

Pues bien, sea lo primero recordar que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado en su interrogatorio de parte el actor no confesó hechos que favorezcan a su contraparte, y por otro lado, de la documental arrojada, ninguna da cuenta del cumplimiento de la obligación de información suficientemente satisfecha a cargo de la demandada, especialmente cuando ni siquiera se allega el formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., fondo que fue el que hizo el traslado inicial de régimen de la demandante.

Frente a la ausencia del formulario de afiliación, la Sala no comparte el argumento esgrimido por Porvenir S.A. en su apelación, por cuanto como ya se transcribió en suficiencia, la línea expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es clara y se comparte por esta Sala, según la cual *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin*

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

*vicios, pero no informado*"<sup>1</sup>, por lo que aunado a que dicho documento por sí solo resulta insuficiente, lo cierto es que además ni siquiera dicho formulario de traslado de régimen fue aportado a las diligencias.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, y como para la fecha del traslado de la accionante, esto es 17/08/1994, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., entidad con la que se efectuó el traslado de régimen, debe concluirse que efectivamente se desconoció el deber de información que le asistía a la entidad de pensiones al momento del traslado inicial, y se insiste, no con los posteriores.

En cuanto al asunto relativo a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso COLFONDOS S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

En cuanto a un posible saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso **COLFONDOS S.A.**, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Pérez Linares en el traslado que esta realizó el 17 de agosto de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-.

Esto que se dice conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, **PORVENIR S.A.**, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Dicha **orden será extensiva a COLFONDOS S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros provisionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente y, atendiendo el argumento presentado por Porvenir S.A. en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en*

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

*todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

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

**PRIMERO.- ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a las **AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310501520190002901

Demandante: SARY GINNETH PÉREZ LINARES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
Aclaro voto!

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP condenadas, esto es COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

**AUTO**

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ HELENA TOBON ACERO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante en el mes de junio de 1996 al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., declarándose como única afiliación válida la efectuada al ISS.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.** (Fls. 57 a 128), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las 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.

**PROTECCIÓN S.A.** (Fl. 129 a 153), contestó la acción oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos o que

estos no eran ciertos, proponiendo en su defensa las excepciones de fondo que tituló 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 restituciones mutuas en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada.

**COLPENSIONES** (Fl. 157 a 170), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del RPM al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Porvenir S.A., trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, a Colpensiones, y a esta última a recibir dichos recursos, activar la afiliación de la actora y acreditar las semanas efectivamente cotizadas.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

##### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo,

		sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)"

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido

como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

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. 0 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. 0 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.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:**

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## V. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/03/1996 (fl 170); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/06/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 101 vto); **iii)** posteriormente efectuó traslados entre administradoras del RAIS, así: 1) a ING (hoy Protección S.A.) el 20/05/2002 (fl. 70 y 147), 2) a Porvenir S.A. el 25/04/2003 (fl. 70, 103 y 147), 3) el 20/02/2009 a ING (hoy Protección S.A.) (fls. 70, 103 y 148), 4) y nuevamente a Porvenir S.A. el 17/11/2011 (fl. 70, 102 y 147) y **vi)** el día 03/07/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 36).

Pues bien, a folio 101 (vuelto) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25/06/1996 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la

---

<sup>1</sup> Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, para la fecha del traslado de la accionante, esto es 25/06/1996, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., entidad con la que se efectuó el traslado de régimen pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial y no con los posteriores.

En cuanto al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el

presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Tobón Acero en el traslado que este realizó el 25 de junio de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Dicha **orden será extensiva a PROTECCIÓN S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros provisionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría

el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales,

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles  
(SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A.

#### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

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

**PRIMERO.- ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501520190080301

Demandante: LUZ HELENA TOBON ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

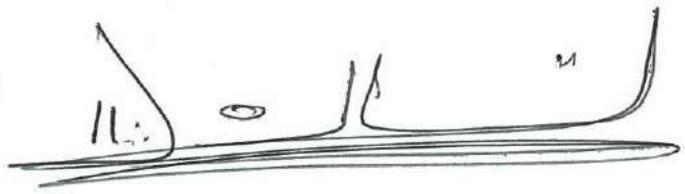
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP condenadas, esto es PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701  
Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING  
Demandado: COLPENSIONES

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

**AUTO**

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Hernán Felipe Jiménez Salgado, identificado con C.C. No. 79.899.841 y T.P. No. 211.401 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA MARGARITA ORDUZ BUCKING** promoviese contra **COLPENSIONES**.

**SENTENCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la elaboración del cálculo actuarial a nombre de la ALACENA REPOSTERÍA, identificada con matrícula mercantil 00390910, por el periodo comprendido entre el 14 de noviembre de 1989 al 24 de febrero de 1996 y que una vez efectuado dicho cálculo se convaliden las semanas en la historia laboral. Así mismo se condene al pago de costas procesales.

**1.2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Laboró para la empresa ALACENA REPOSTERÍA, identificada con matrícula mercantil No. 00390910, durante el período comprendido entre el 14 de noviembre de 1989 hasta el 24 de febrero de 1996;
- 2)** Dicha persona jurídica no hizo las respectivas cotizaciones al sistema general de pensiones;
- 3)** Ante la notaría declaró, bajo la gravedad de juramento que laboró durante los tiempos antes indicados y no se realizaron aportes a seguridad social;
- 4)** El registro de la empresa Alacena Repostería se llevó a cabo en el mes de noviembre de 1989;
- 5)** Colpensiones niega la elaboración del cálculo actuarial, por tratarse de una empresa unipersonal;
- 6)** Por principio general del derecho, las excepciones que limiten un derecho deben estar expresamente señaladas en la ley y no se pueden imponer por vía de interpretación, máxime cuando este depende de un derecho de rango constitucional, de orden público y fundamental, como es la pensión de vejez; y
- 7)** No existen impedimentos para que las empresas unipersonales puedan pagar el cálculo actuarial.

## II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada en debida forma, **COLPENSIONES** (fls. 51), se opuso a las pretensiones de la demanda, luego de indicar que los hechos no le constaban o no eran ciertos, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, imposibilidad de efectuar cálculo actuarial y la genérica.

Expuso que, al revisar la documental aportada, especialmente el certificado de cámara de comercio, se pudo establecer que *la demandante funge como propietaria* de la empresa Alacena Repostería, hecho que no permite acceder a la solicitud por ella impetrada, pues de conformidad con el artículo 75 de la Ley 222 de 1995, el titular de una empresa unipersonal no podrá contratar con esa sociedad, así mismo y en gracia de discusión, indicó que la demandante no puede argumentar su derecho alegando su propia culpa ya que, siendo la propietaria de la empresa y haber laborado para esta, tenía la obligación legal de afiliarse, por lo que, la omisión a su deber legal no puede pretender subsanarlo solo cuando se encuentra ad portas de adquirir el derecho a una pensión.

Concluyó señalando que, no es posible acceder a lo pretendido por la demandante, toda vez que en el presente caso no existió un empleador omiso, pues se trata de un trabajador independiente, respecto de los cuales no es procedente que se realicen cotizaciones de manera retroactiva, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 20 del Decreto 692 de 1994 y artículo 35 del Decreto 1406 de 1999.

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de mayo de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

En síntesis, citó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 e indicó que el cálculo actuarial resulta procedente por la omisión del empleador de afiliar a su trabajador al sistema general de pensiones y su finalidad es que se convaliden los tiempos que el trabajador prestó los servicios, siendo indispensable que, quien pretende la elaboración del cálculo, acredite dicha prestación del servicio.

Para el caso concreto, señaló que, como medio probatorio únicamente se allegó una declaración juramentada, rendida ante el Notario 39 del Círculo de Bogotá, en la cual la demandante declara bajo la gravedad de juramento, haber laborado para la empresa Alacena Repostería, sin que la actora pueda constituir prueba para ella, tal y como se dijo en la sentencia SL 1326 del 14 de febrero de 2021, además de citar la sentencia de este Tribunal en su Sala Civil, de fecha 31 de marzo de 2004, radicado No. 1996-009202 en donde se dijo que “nadie puede valerse de su propia prueba para luego sacar provecho o beneficio”.

Expuso que, conforme lo antes indicado, no se demostró que la demandante hubiera prestado sus servicios a Alacena Repostería, situación que por sí sola da lugar a la improcedencia del cálculo actuarial solicitado, sin embargo, dijo, existen otras razones para arribar a tal decisión, como el hecho de que ser la demandante la propietaria de dicho establecimiento tal y como lo aceptó en su interrogatorio de parte, conforme a lo cual, la omisión en el pago de los aportes a la seguridad social en pensión derivó únicamente de la decisión de la misma demandante, siendo acertada la negativa de Colpensiones a la elaboración del cálculo actuarial, en virtud del principio general del derecho según el cual nadie puede alegar su propia culpa.

Por lo anterior, dijo, acoge la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los aportes y cotizaciones generados de forma extemporánea por trabajadores que, en este caso podría considerarse como

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

independientes, en el sentido de que estos se contabilicen pero con posterioridad a su pago, citando para ello la sentencia SL 811 de marzo de 2021, además, se ha indicado que los aportes a seguridad social en pensión de los trabajadores independientes, resulta ser exclusivo de su propio interés y en el presente caso se pretende eludir esos aportes extemporáneos.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

**LA PARTE DEMANDANTE** expuso que no se le da validez a la declaración juramentada rendida por la propia demandante, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta tiene total validez probatoria, pues la misma no fue tachada de falsa ni desvirtuada, como quiera que fue rendida bajo unas formalidades propias como lo son la gravedad del juramento, con las implicaciones legales que ello establece y ante autoridad competente, esto es ante Notario, por lo que considera que tiene total validez. Consideró que dicha declaración, sumada a lo que se expuso en el expediente, da veracidad y credibilidad a lo que se está diciendo.

Solicitó tener en cuenta que la relación laboral data del año 1989 y no se tiene otro material probatorio que la acredite, máxime cuando el hecho 1° de la demanda, el cual establece los extremos de la relación laboral, fue aceptado por Colpensiones.

Precisó que la demandante era propietaria del establecimiento de comercio y en tal sentido y, si bien nadie puede alegar su propia negligencia o dolo, las sentencias señaladas en el fallo de primera instancia, presentan unos supuestos fácticos diferentes a los debatidos en este proceso, además, la Ley 797 de 2003 establece la posibilidad de que los empleadores omisos puedan realizar los aportes de ley, para amparar el bien mayor que es la pensión.

Pidió tener en cuenta la época en la que se desarrolló "todo", pues ello sucedió en el año de 1989, data para la cual no se tenía

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

la educación frente a la pensión de vejez y la actora tenía desconocimiento de ello, tal y como lo dijo en su interrogatorio de parte.

Finalizó indicando que, pese a que se aduce que la demandante era quien debía realizar los aportes, también se señala que la Alacena Repostería funcionó hasta el año 2000, tiempo después de que la actora se retirara de allí.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado que la señora María Margarita Orduz Bucking laboró al servicio de Alacena Repostería, identificada con matrícula mercantil No. 00390910, durante el periodo comprendido entre el 14 de noviembre de 1989 hasta el 24 de febrero de 1996 y si hay lugar a ordenar a Colpensiones la elaboración de un cálculo actuarial a nombre de dicho establecimiento, durante dicho periodo de tiempo.

**Del contrato de trabajo y sus extremos temporales**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo<sup>1</sup>, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo<sup>2</sup> y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción. (Ver entre otras la Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017).

Igualmente, y en relación con la acreditación de los extremos temporales la misma Corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora.

---

<sup>1</sup> Artículo 23 C.S.T. **ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

<sup>2</sup> **“ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

### **Obligación de efectuar el cálculo actuarial**

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introdujo reglas para el cómputo de semanas de cotización al momento de verificarse el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, señalándose, en el literal d), que deberá tenerse en cuenta *“el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”*; y en el último inciso de este parágrafo, establece que *“el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”*.

Por su parte, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el inciso 6° del Decreto 3798 de 2003 señala lo siguiente.

*“En el caso en que, por omisión, **el empleador** no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”*

Por su parte, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL046-2020** explicó que en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que hizo fue adecuar al régimen pensional, en particular las exigencias para poder computar los tiempos laborados por un trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época, situación que incluso guarda correspondencia con lo

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

previsto en el citado inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003; y que las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones, son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional, independientemente de que las diferentes situaciones se presenten con anterioridad a la vigencia de la ley **(SL2731-2015)**.

#### **DEL CASO CONCRETO.**

No son motivo de controversia y por ende están probados, los siguientes hechos:

- i) La señora María Margarita Orduz Bucking se afilió al ISS (hoy Colpensiones) el 06/07/1987 (fl. 51 -CD- historia laboral);
- ii) Conforme la historia laboral allegada por Colpensiones actualizada al 12/02/2021, la demandada cotizó en calidad de **cotizante independiente**, del 24/07/1991 al 04/09/1991 (fl. 51);
- iii) El 05/08/2015 solicitó ante Colpensiones, efectuar cálculo actuarial, petición que fue negada por la entidad mediante comunicación del 26/06/2015 ref: 2015\_5110438-2015\_3530956 (Fl. 51 - Carpeta expediente administrativo);
- iv) El 27/04/2018 la demandante solicitó ante Colpensiones la liquidación del cálculo actuarial, petición que fue negada mediante oficio BIZAGI\_2018\_4824482 del 22 de mayo de 2018 (Fl. 51 - Carpeta expediente administrativo).

Sea lo primero señalar que, evaluado el material probatorio arrimado al plenario, no existe prueba alguna que dé cuenta de la relación laboral que aduce la demandante haber teniendo con la empresa La Alacena - Repostería, siendo su deber demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

legal de la existencia de un contrato de trabajo, relación laboral cuya existencia es el hecho generador de la obligación a efectuar cotizaciones al sistema pensional, siendo esta necesaria para entrar a determinar la omisión en la que el presunto empleador pudo haber incurrido a efectos de ordenar la realización de un cálculo actuarial por parte de Colpensiones, pues, se reitera, dicha obligación nace de la existencia de una relación laboral.

Frente a la documental visible a folio 27, correspondiente a la declaración juramentada No. 0786 rendida por la accionante ante el Notario 39 de esta ciudad, en la cual la demandante declaró bajo la gravedad de juramento que laboró en la empresa La Alacena - Repostería, identificada con Nit. 39693051-0 y Matrícula Mercantil 00390910 desde el 14 de noviembre de 1989 hasta el 24 de febrero de 1996, debe indicarse que, si bien la misma es válida, no tiene la fuerza para demostrar la presunta relación laboral que pretende sea declarada con La Alacena - Repostería, pues ello se opone a la regla probatoria según la cual la parte interesada no puede constituir en su favor su propia prueba, por manera que no es de recibo que pretenda, con dicha documental, demostrar la existencia de una posible relación laboral, como lo argumenta al sustentar su recurso. Al respecto, ha de memorarse que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba, por lo que la parte activa podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar la existencia de la relación laboral que deprecia se reconozca.

De otro lado, la existencia de la relación laboral no puede tenerse por demostrada con la contestación al hecho 1° de la demanda, pues, ello no se desprende de la historia laboral, tal y como lo adujo Colpensiones, ya que dicho documento no acredita que la accionante hubiera laborado al servicio de La Alacena - Repostería desde el 14 de noviembre de 1989 hasta el 24 de febrero de 1996, máxime cuando con dicho documento solo se

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

demuestra que la señora Orduz Bucking efectuó cotizaciones a **nombre propio** del 24/07/1991 al 04/09/1991.

Así las cosas, al no haberse demostrado el hecho generador de la obligación de efectuar cotizaciones al sistema pensional, esto es la existencia de la relación laboral entre la señora María Margarita Orduz Bucking y La Alacena - Repostería, acertada resulta la sentencia de primer grado.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tuviera a la demandante como una trabajadora independiente quien efectuó sus propias cotizaciones al sistema, debe recordarse que la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para recaudar lo que no fue pagado en tiempo, máxime cuando, tratándose de trabajadores independientes, el efectuar las cotizaciones pertinentes al sistema general de pensiones resulta ser un asunto de su propio interés.

Al respecto, en reciente sentencia SL 2880 del 2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rememoró:

“(...) lo primero que ha de acotarse es que cuando un trabajador independiente no paga en tiempo su obligación parafiscal, **el sistema, bajo las disposiciones en cita, no puede iniciar acciones de cobro contra él**, puesto que su retraso, dada la naturaleza de la vinculación con el sistema, que no es como trabajador subordinado, lo que genera es retrasar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, que se dará una vez éste cuente con los recursos necesarios para sufragar el aporte, que está bajo su exclusiva responsabilidad (CSJ SL3838-2020), de tal suerte que no se pueden excluir o soslayar dichos pagos que se deben aplicar a ciclos posteriores (CSJ SL 17722-2017).

Con ese norte, en el presente asunto, no es posible que los periodos pagados extemporáneamente, sean abonados a los lapsos declarados como si en verdad se hubieran cancelado a tiempo, puesto que eso no ocurrió; motivo por el cual simplemente se deberán abonar a partir del momento de su efectivo pago, ya para el computo futuro, pero jamás de manera retroactiva como lo propone la censura.

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

A propósito de lo anterior, esta corporación en varias decisiones, entre otras, en la CSJ SL, 5 dic. 2006, radicación 26728, reiterada en la SL573-2013, señaló:

*Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye **para el trabajador independiente un 'imperativo de su propio interés'**, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.*

En igual sentido en la providencia CSJ SL3838-2020, adoctrinó:

*Al respecto, importa recordar lo adoctrinado por esta Sala de la Corte en el sentido de que --en tratándose de trabajadores independientes--, el pago de la cotización es exclusivamente de su resorte y, además, en estos eventos, la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado. En tal sentido, **así el trabajador independiente, no reciba una sanción, su incumplimiento se va a ver reflejado, negativamente, en el interés de obtener rápidamente el objetivo primordial de tales aportes, esto es, el reconocimiento pensional o, en otros términos, el incumplimiento va a postergar el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional, tal y como lo adujo el Tribunal en su fallo.***

En todo caso, no se debe olvidar que los artículos 24 y 35 del Decreto 1406 de 1999, en particular la última citada, señala que las novedades de los trabajadores independientes «*que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente*», dan cuenta de que los aportes de estos trabajadores deben sufragarse de forma anticipada y que, si así no ocurre, la cotización extemporánea se debe aplicar al período siguiente a aquel en el que se satisface dicha obligación, lo que naturalmente conlleva el pago de los intereses de mora que corresponda, para los periodos posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y del artículo 7 del Decreto 3085 de 2007, pero no para cotizaciones de independientes causadas antes de la vigencia de esas normas y, en todo caso, sobre la base de su aplicación al fondo común de reparto, en este evento, sin que ello implique que se modifique la forma de imputar esos pagos extemporáneos.”

En síntesis, no resulta procedente efectuar cálculo actuarial, ya que no existe empleador omiso, nótese, se insiste, en que en interrogatorio de parte la activa confesó ser la propietaria del establecimiento de comercio LA ALACENA REPOSTERÍA, del cual precisamente pretende por parte de Colpensiones el cálculo actuarial. En tal sentido el tiempo que pretende se tenga en cuenta a través del cálculo actuarial no procede por omisión en el pago de trabajadores independientes, ya que, conforme lo hasta aquí señalado no resulta jurídicamente posible para esta calidad de cotizantes (independientes) la realización de cotizaciones de manera retroactiva según el artículo 20 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, bajo el entendido que las cotizaciones hechas por dichos trabajadores, se entienden hechas para cada período de manera anticipada y no por mes vencido.

Así las cosas el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un imperativo de su propio interés, y por ello las pretensiones de la demanda resultan a todas luces improcedentes.

Con base en los razonamientos brevemente expuestos, la Sala considera que la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual será **CONFIRMADA** en su integridad.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11001310502320200027701

Demandante: MARIA MARGARITA ORDUZ BUCKING

Demandado: COLPENSIONES

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA  
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

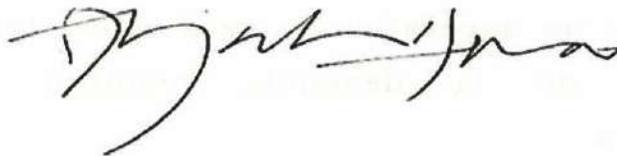
**R E S U E L V E**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

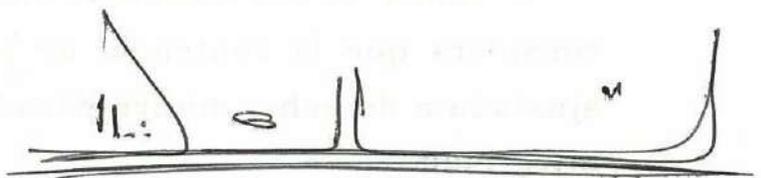
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



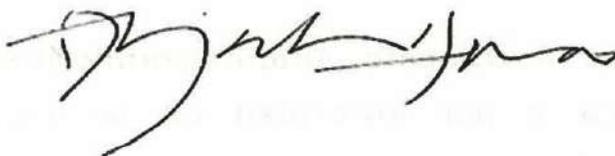
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de 300.000 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101  
Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

## **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante en octubre de 1995 a la AFP Colfondos S.A. y en consecuencia, las subsiguientes a Porvenir S.A. y Skandia S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a Colpensiones a aceptar dicho traslado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.** (Archivo "Contestación Nhora Isabel Martínez 2020 301 Disco Compacto fl. 27), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las 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.

**SKANDIA S.A.** (Archivo "Contestación Nhora Isabel Martínez Barragán Disco Compacto fl. 27), contestó la acción oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos o que estos no eran ciertos, proponiendo en su defensa las excepciones de fondo que tituló prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica.

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

**COLPENSIONES** (Archivo “Contestación Nohra Isabel Martínez Barragán Disco Compacto fl. 27), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

**COLFONDOS S.A.** (Archivo “2020-301 Bogotá Nohora Isabel Martínez Barragán vs Colfondos Disco Compacto fl. 27), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones mérito las que tituló falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

afiliación de la actora, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dineros que ordenó devolver de manera indexada desde la fecha de causación hasta su pago

Así mismo, declaró que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RPM.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

##### **COLFONDOS S.A.**

Argumentó que, esa entidad, a la fecha, no cuenta con ningún aporte o saldo en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ya que todo fue trasladado con destino a la AFP a la cual se trasladó posteriormente, por lo que Colfondos S.A. nada adeuda a la actora.

Indicó que la orden de devolución de los descuentos de manera indexada, se torna una condena en daños y perjuicios al patrimonio de Colfondos S.A., máxime cuando no se allegó al proceso prueba sumaria que demuestre el acaecimiento de un daño y menos un perjuicio a los aportes pensionales de la demandante, por el contrario, la buena gestión que realizó la AFP durante el tiempo que la accionante permaneció en Colfondos S.A. generaron unos rendimientos que fueron consignados en su cuenta de ahorro individual y que fueron trasladados entre AFP.

Señaló que los descuentos por gastos de administración se realizaron conforme una consagración y disposición legal válida, vigente y exequible, además, estos descuentos se realizan tanto en el RPM como en el RAIS, y no hacen parte del capital con el cual se va a financiar la pensión, adicionalmente, esos descuentos se utilizaron para adquirir una póliza de seguro

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

previsional, para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, tratándose de unas comisiones ya pagadas y causada.

Precisó que los descuentos por gastos de administración con conceptos de tracto sucesivo que se causan por un tiempo que impone la ley y no fueron reclamados durante los 3 años siguientes a su causación, encontrándose prescritos.

Solicitó se aplique lo correspondiente a las restituciones mutuas, así como lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, y es que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da las partes el derecho a ser restituida también al mismo estado que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto causa ilícita, por lo que las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación por lo tanto la demandante no tendría derecho a los rendimientos que se generaron por la administración de Colfondos S.A., así como Colfondos S.A. no tendría derecho a los descuentos que realizó por gastos de administración, señalando que estos descuentos no entraron al patrimonio de Colfondos ya que son utilizados para unas destinaciones específicas.

#### **PORVENIR S.A.**

Señaló que el traslado de régimen de la demandante se dio para el año 1995 firmando para ello el respectivo formulario de afiliación con Colfondos S.A., el cual es el único documento que se requería para la fecha del traslado para hacer válida la afiliación.

Citó la sentencia SL 1452 de 2019 e indicó que, si bien el deber de información ha existido desde los inicios de las AFP, dicho deber ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que se ha incrementado a lo largo de los años, sin

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

embargo, Porvenir S.A. aplicó en debida forma la norma vigente para el momento en que la demandante realizó el traslado, esto es la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993.

Adujo que, del interrogatorio de parte rendido por la actora quedó más que demostrado que ella sí recibió la debida información acerca de las características propias del RAIS y en tal sentido el hecho de que no se hayan revisado proyecciones o se hayan advertido de posibles consecuencias con ocasión del traslado, no implica que se hubiere vulnerado de ninguna manera el derecho de información que tenía la demandante para dicha oportunidad.

Precisó que Porvenir S.A. no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la actora, pues la recibió en virtud de un traslado horizontal, sin que esa AFP estuviere en condición de rechazar la solicitud de traslado en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, por lo que Porvenir S.A. no puede sufrir con cargo a su propio patrimonio por un acto sobre el cual no tuvo injerencia.

Indicó que se aparta de la condena por gastos de administración, ya que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, ello bajo el entendido de que las consecuencias de la aplicación de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se realizó, por lo que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de esta AFP tampoco se generaron, con lo que resulta totalmente improcedente condenar a devolver conjuntamente los rendimientos que ya fueron además trasladados a Skandia S.A. generados por los aportes de la demandante y adicionalmente los gastos de administración.

#### **OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA S.A.**

Indicó que, si bien existe un precedente jurisprudencial, en el debate probatorio se logró probar que existe un

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

conocimiento básico de lo que refiere al RAIS, siendo este más que suficiente para la toma de una decisión clara, libre, voluntaria e informada por parte de la actora. Señaló que fue demostrado que la demandante tenía un conocimiento en lo que refiere al RAIS que, si bien no era un conocimiento técnico, si era básico y más que suficiente para la toma de decisiones, pues tuvo 3 asesorías distintas, conocía que tenía una cuenta a su nombre, conocía que le genera rendimientos y que basada en estos rendimientos tomaba la decisión de hacer el cambio de fondo

Enfatizó su apelación respecto a la condena a la devolución de los gastos de administración, señalando que son una imposición normativa de una contraprestación a un servicio que la AFP presta para el afiliado, esto en razón de los siguientes servicios: el primero la compra de una póliza de riesgo invalidez y muerte la cual es una obligación de tracto sucesivo y de la cual el afiliado fue beneficiado durante todo el tiempo de su afiliación con Old Mutual S.A., y como es una obligación de tracto sucesivo, es decir pagadera mensualmente, por ello no puede ser devuelta ya que no se encuentran en las arcas de Old Mutual S.A.

Dijo que, otro porcentaje de los gastos de administración se refiere a el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual con solidaridad, estableciéndose tácitamente en la Ley 100 de 1993, que este dinero será descontado directamente de la cuenta ahorro individual con solidaridad del afiliado, en razón a los servicios que se prestan por parte del fondo del mantenimiento de la cuenta y al régimen de inversiones que se realiza para obtener los rendimientos generados por el fondo.

Indicó que debe aplicarse la figura jurídica de retrotraer los efectos a como si esto no hubiese sucedido ya que, de estar la demandante afiliada al RPM los rendimientos generados no habrían existido y la obligación de la AFP radicaría únicamente en devolver los aportes obligatorios de la demandante.

Expuso que, descontar los gastos de administración deviene de una disposición normativa que las AFP deben cumplir y de no hacerlo entran a contrariar la ley, por lo que existe un conflicto, de un lado se les obliga a cobrarlos y por otro lado luego se les obliga a devolverlos, especialmente ha de tenerse en cuenta que esos dineros ya no se encuentran en las arcas de la AFP, obligándolos a entrar en detrimento propio de su patrimonio, además, la jurisprudencia ha venido hablando de los gastos de administración en torno a proteger la figura de Colpensiones y que éste no se encuentre desfinanciado al momento de emitir la mesada pensional, situación que no ocurre pues con los rendimientos se compensan esas situaciones.

### **COLPENSIONES**

Expuso que, si bien los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para el año de 1995 cuando se trasladó la demandante si bien la Ley 100 de 1993 ya hablaba de que la elección de régimen pensional fuera el resultado debido conocimiento de las características de cada régimen, la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones del mercado, precisando que para aquella época la demandante tenía 34 años de edad, luego le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de estatus pensional.

Precisó que, en caso de que para el año 1995 no se le haya dado a la demandante una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, dicha situación se saneó con el paso del tiempo, pues la demandante estuvo afiliada al RAIS durante aproximadamente 25 años, tiempo en el que recibió 3 asesorías

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

al haber realizado traslados horizontales primero a Colfondos posteriormente a Porvenir y finalmente a Skandia, siendo este último el fondo al que actualmente se encuentra vinculada.

Expuso que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 2003, además la demandante nunca se acercó a Colpensiones a preguntar sobre sus cotizaciones su futuro pensional lo que permite concluir su voluntad de permanencia en el RAIS y su falta de cuidado con sus aportes al sistema general de Seguridad Social en pensiones, falta que no deben endilgarse a nadie más que a ella.

Concluyó exponiendo que la demandante no demostró el vicio de consentimiento que alega, que no era dable trasladar la carga probatoria a la AFP demandada, pues esto también opera únicamente cuando las circunstancias del caso lo ameritan y no como ocurre con la aquí demandante, pues en este caso se logró probar la falta de cuidado de esta como consumidora financiera en los términos del régimen de protección del consumidor financiero.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)"

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su

consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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. 0 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.(...)"

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:**

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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."

**f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 12/11/1985 (fl 23 Archivo Demanda); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 08/09/1995 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl 160 Archivo Demanda); **iii)** posteriormente efectuó traslados entre administradoras del RAIS, así: 1) a

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Porvenir S.A. el 10/09/2002 (fl. 50 Archivo Contestación Porvenir – cd fl 27), y 2) a Skandia S.A. el 24/08/2015 (fl. 58 Archivo demanda y fl. 1 Archivo “afiliación CC 63288199), y **vi**) el día 31/08/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., y en el mismo sentido elevó petición ante las AFP accionadas (fls. 127 y siguientes - Archivo demanda)

Pues bien, a folio 160 (Archivo demanda) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08/09/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya que, como de manera concreta lo describe la jurisprudencia transcrita en precedencia desde su creación, las AFP, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; no obstante, sin perder de vista que este desde un inicio ha existido, luego le era exigible a la AFP para el momento del traslado de régimen de la activa (08/09/1995)

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que

---

<sup>1</sup> Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto al argumento traído por Colpensiones en su apelación, relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Martínez Barragán en el traslado que este realizó el 08 de septiembre de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-.

Esto que se dice conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, OLD MUTUAL S.A. (antes Skandia), deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior, comparte esta Sala de Decisión la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A.** (antes Skandia S.A.) la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Es de anotar que esa orden se extiende a los fondos privados que en algún momento tuvieron a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal y como acertadamente lo ordenó el *a quo* en la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente y, atendiendo el argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310502320200030101

Demandante: NHORA MARTÍNEZ BARRAGÁN

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.

### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

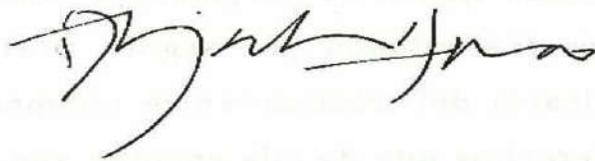
#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 14001310502320200030101

Demandante: ~~NIORA MARTÍNEZ BARRAGÁN~~

Demandado: ~~COLPENSIONES Y OTRAS~~

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP condenadas, esto es COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y a estudiar en Grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MERY ALARCÓN GRANADOS** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

## **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos, y a esta última a aceptar el traslado de dichos dineros y recibir a la demandante y tenerla como su afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLFONDOS S.A.**, (Fl. 15), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

**COLPENSIONES**, (Fl. 17), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica..

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** de la afiliación de la demandante a la AFP Colfondos S.A.. Ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dineros que ordenó devolver de manera indexada desde la fecha de causación hasta su pago.

Así mismo, declaró que la demandante se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

**COLFONDOS S.A.**, en síntesis, solicitó se revoque la condena impuesta, referente a la devolución de los gastos de administración de una manera indexada, ya que esta se toma

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente proceso y en la demanda no se solicitó suma alguna de dinero de manera indexada.

Señaló que los gastos de administración fueron descontados conforme a una norma válida y vigente que está tanto para el RPM como para el RAIS y que esa AFP no puede omitir, además, estos descuentos se hacen para adquirir una póliza de seguros pre-pensional, para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, situaciones para las cuales la demandante siempre ha estado cubierta durante el tiempo que ha estado vinculada con Colfondos S.A., ya que este porcentaje se traslada a un tercero de buena fe con el cual se adquirió la póliza de seguro previsional y este porcentaje no entra al patrimonio de Colfondos, además, hay un porcentaje de inversión general y rendimientos en las cuentas de afiliados.

Indicó que Colfondos realizó una excelente administración de los recursos de la cuenta individual de la demandante, los cuales se duplicaron, por lo que no hay razón para que la AFP devuelva esos gastos y menos de una manera indexada pues, además de que no fue objeto del proceso, esto ya se pagó y se generaron unos rendimientos que son superiores a los que hubiese recibido en otro régimen.

Adujo que estos gastos son de tracto sucesivo porque se causan con la periodicidad que impone la ley, por lo que aquellos que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos, porque no hacen parte del capital sobre el cual se va a validar la pensión, ya que no ingresan a la cuenta de ahorro individual de la demandante y tampoco a la cuenta de Colfondos S.A.

Concluyó diciendo que, se estarían devolviendo más de un 100% de lo que hubiese sido la cotización generada por la demandante en el RPM y la orden de devolución de manera indexada ocasionaría un daño y un perjuicio al patrimonio de

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Colfondos S.A., lo que causa un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones, terceros que no generaron ninguna labor administrativa para la gestión o adquisición de los rendimientos, además, esta orden no tiene un sustento jurídico o fáctico, máxime cuando Colfondos siempre ha obrado con buena fe.

**COLPENSIONES**, señaló que no existen vicios del consentimiento o dolo, como quiera que la demandante al momento del traslado no contaba con 750 semanas, pues para dicha data había cotizado 123.43 semanas con el ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición, de manera que no le son aplicables las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Precisó que, no se logró comprobar una información equivocada o falaz, si se tiene en cuenta que para el año 2000 los fondos solo tenían el deber de informar sobre las condiciones al momento del traslado, y lo que se denota es que la demandante se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, siendo importante señalar que conforme la sentencia 2016-0087 del 17 de enero de 2017, dicha inconformidad no constituye un engaño o una falta de información por parte de fondo, por lo que no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existe es un desinterés o descuido por parte de la demandante, ya que decidió seguir cotizando en el RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admiten los recursos de

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009  Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...)"

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o

usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

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. 0 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. 0 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.

**e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

«garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## **VI. DEL CASO CONCRETO.**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 11/12/1988, tal y como lo admitió Colpensiones al dar contestación al hecho número 2 de la demanda; **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 24/11/2000 a través de la A.F.P

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Colfondos (fl 14 Archivo Anexos demanda fl. 1); y **iii)** el día 06/10/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fls. 17 Archivo Expediente administrativo)

Pues bien, a folio 14 del Archivo anexos de la demanda (fl. 1) del expediente se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 24/11/2000 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo

---

<sup>1</sup>según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 24 de noviembre del año 2000.

De otro lado ha de indicarse que, contrario a lo afirmado por Colpensiones en los argumentos de su apelación, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Ahora, frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Alarcón Granados en el traslado que esta realizó en el mes de noviembre de 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia, como lo pretende Colpensiones al sustentar su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, **COLFONDOS S.A.**, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior acertada resulta la decisión de primer grado, en el sentido de ORDENAR a **COLFONDOS S.A.**, la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) pues esta AFP en tiene a su cargo la

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en*

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

*todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

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

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

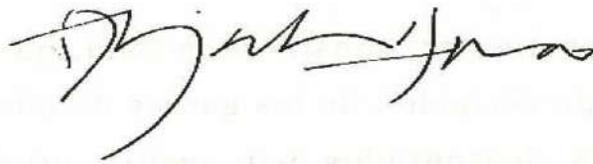
Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310502320200039101

Demandante: MERY ALARCON GRANADOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

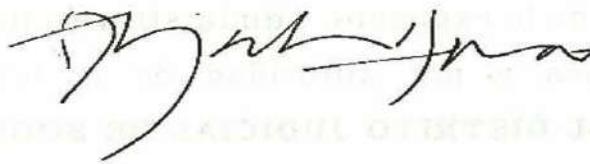


**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901  
Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

**AUTO**

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS CARLOS CHARRY BOTERO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901  
Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, y a esta última a reactivar la afiliación del demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

### II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PROTECCIÓN S.A.** (Fl. 77), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro provisional en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y la genérica.

**COLPENSIONES** (Fl. 79 a 91), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones mérito las de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante del RPM al RAIS efectuado el 31 de octubre de 1994 a través de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** Como consecuencia de lo anterior, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor.

Así mismo, condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

#### **PROTECCIÓN S.A.**

Argumentó que, no le es posible - recordando que nadie está obligado a lo imposible - retornar los valores de gastos de

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

administración, comisiones, primas de seguros previsionales y fondo de solidaridad pensional.

Indicó que la Ley 100 de 1993 estableció que en el RAIS una parte del ahorro irá destinado al pago de primas de seguros previsionales otra a financiar el fondo de solidaridad pensional y otra a cubrir los gastos de administración, siendo evidente que el legislador le otorgó un porcentaje preciso a cada necesidad, más allá de cubrir solo las prerrogativas pensionales de invalidez, vejez o muerte, por lo que la orden de devolución de gastos con cargo a las utilidades constituye una sobreremuneración injustificada para esa entidad, debido a las gestiones realizadas por Protección S.A., las cuales generaron unos rendimientos financieros, que no van a ser reconocidos y más al estar en presencia de una afiliación que se reputa no haber existido, pero las consecuencias sí existen y deben de ser reconocidas, por lo que no es dable desconocer que el bien administrado produjo unos frutos, mejoras y rendimientos financieros, producto de la gestión de la AFP, que debe conservar por haber realizado la gestión que como entidad del sistema le asiste.

Precisó que la remuneración por gastos de administración se encuentra autorizada por vía legal, además, tales dineros entraron en el patrimonio de esa AFP con un origen legal, más allá de las consecuencias del negocio jurídico; indicó que, respecto a las primas de seguro previsional que válida y legalmente fueron devengadas por terceros de buena fe que no han sido participes ni se han tenido en cuenta para la solución del presente, se les está desconociendo lo que legalmente se han ganado conforme la afiliación legítima del demandante, por ello, no es Protección S.A. la llamada a reconocer estos dineros a cargo propio, sino son las entidades que por disposición legal los recibieron, por lo que esa AFP está imposibilitada a cobrarlos.

Señaló que se estaría perturbando la estabilidad económica y financiera del sistema general de pensiones, pues desde el RAIS, al que ha estado afiliado el demandante por más de 20 años, se ha dispuesto los porcentajes que la ley reconoce para los gastos de administración, primas de aseguramiento y fondo de solidaridad pensional, no obstante no se le ha previsto en el gasto del RPM, donde las pensiones que se pagan en la actualidad se financian con los aportes realizados por los afiliados a un fondo de naturaleza pública, sin que haya los rendimientos financieros que se conocen en el RAIS, por lo que se agravaría la desfinanciación del sistema general de pensiones.

En cuanto al fondo de pensión mínima, advirtió que dicho porcentaje del aporte, conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, ha entrado a ser parte de un patrimonio autónomo ajeno a los designios de Protección S.A., por lo que resulta de imposible cumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifestó que Protección S.A. siempre obró de buena fe y conforme a derecho, por lo que es improcedente.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) del demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre

administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales.

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

		a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)"

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las**

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

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. 0 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. 0 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.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos**, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y

oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, 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.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 09/08/1985 (fl 20); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/10/1994 a través de la A.F.P Colmena - hoy Protección S.A. (fl 41 y 77); **iii)** posteriormente se trasladó entre administradoras del RAIS, el 27/05/2004 a Protección S.A. (fl. 77), y **vi)** el día 13/08/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 44)

Pues bien, a folios 41 y 77 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 31/10/1994 con la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las

---

<sup>1</sup> Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, para la fecha del traslado del accionante, esto es 31/10/1994, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Protección S.A. - antes Colmena, entidad con la que se efectuó el traslado de régimen pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial y no con los posteriores.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A. (antes Colmena), al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Charry Botero en el traslado que este realizó el 31 de octubre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, **PROTECCIÓN S.A.**, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Frente al punto, atendiendo el argumento presentado Protección S.A. en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901  
Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Protección S.A., respecto de la absolución al pago de costas, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, situación que acaeció, en este caso con la AFP Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

Conforme lo expuesto, no hay lugar a revocar la condena en costas impuesta contra Protección S.A., al resultar vencida en juicio.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

**PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

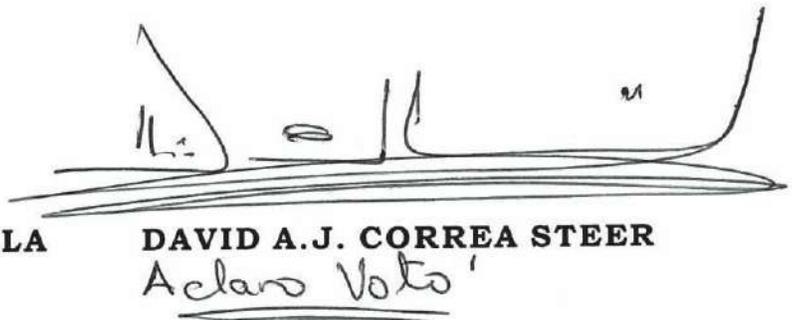
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
Aclaro Voto

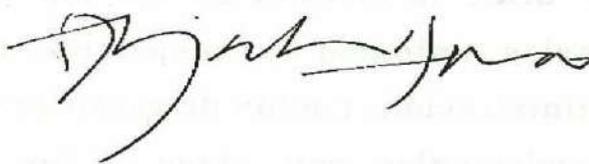
Código Único de Identificación: 11001310502820190078901

Demandante: LUIS CARLOS CHARRY BOTERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la AFP condenada, esto es PROTECCIÓN S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**