



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ISRAEL QUIROGA GÓMEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-08-2018-00547-01  
**ASUNTO:** CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14% - 7%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Israel Quiroga Gómez instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% y el 7% por cónyuge e hijo a cargo consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año a partir del reconocimiento de su pensión, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el Instituto de Seguros Sociales, mediante No 028160 de 2007 le reconoció pensión de vejez a partir del día 1° de julio de 2007; que la pensión fue reconocida teniendo en cuenta lo previsto en el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990; que contrajo matrimonio con la señora Yolanda Correales de Quiroga el 28 de agosto de 1971; que conviven de manera ininterrumpida, dependiendo económicamente dicha señora del pensionado,

que no trabaja, ni disfruta de una pensión; que procrearon a Israel Quiroga Corrales quien nació el 20 de septiembre de 1978; que su hijo cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 60% según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá de fecha 11 de diciembre de 2017; que solicitó el incremento deprecado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 28-29), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos deprecados no son procedentes de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues se encuentran prescritos. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fol. 30 y s.s.)

**4. Fallo De Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 58)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la Corte Suprema de Justicia, que afirma que los incrementos se encuentran vigentes y es plenamente aplicable para aquellas personas que se pensionen bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, no obstante, sostiene que dichos incrementos prescribieron.

## **5. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**5.1. Alegatos demandante.** Indicó que dentro del proceso promovido se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que el demandante tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que el derecho debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a éste beneficio. En lo que refiere a la aplicación de la SU-140 de 2019, señala que se insta a que dicha decisión no sea aplicada en el presente caso, en razón a que la demanda fue presentada antes de su expedición y por lo tanto, se debe resolver la controversia bajo los lineamientos anteriores a la sentencia de unificación, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima.

Finalmente dijo que teniendo de presente el contenido del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el nuevo criterio de la Corte Constitucional debe ser aplicado exclusivamente a los litigios iniciados con posterioridad a su publicación, ante el silencio que sobre la materia se mantuvo en la respectiva sentencia.

**5.2. Alegatos Colpensiones.** Señala que se debe tener en cuenta que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que " Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la

Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

Manifestó además que la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, a través de Auto del 23 de mayo de 2018, comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU 310 de 2017.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado (Art. 69 CPT y de la SS)

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y si los mismos se encuentran prescritos?

#### **VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder

a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dación legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de las cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de la Ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la Ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesorio a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca de acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

## **RESPECTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

## **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Israel Quiroga Gómez, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 028160 de 2007 a partir del día 1º de julio de 2007 (fl.18), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año,

en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo del 2020, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional.

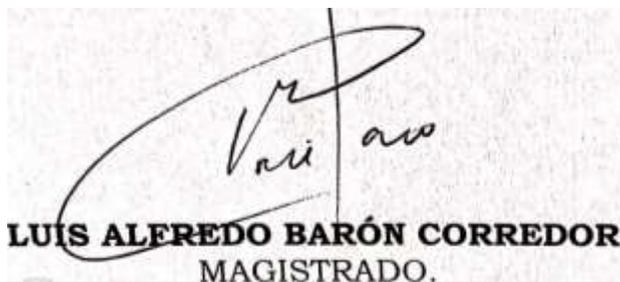
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva Voto*



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARÍA ELVIRA AVENDAÑO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-27-2018-00619-01  
**ASUNTO:** CONSULTA DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** María Elvira Avendaño instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 6 de mayo del 2004, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudas y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el ISS hoy Colpensiones mediante la Resolución N° 039668 del 2004 le reconoció a la demandante una pensión de vejez a partir del 6 de mayo del 2004, por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir con los requisitos establecidos en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; que contrajo matrimonio con el señor José Vicente Cardozo Herrera el día 22 de junio de 1974; que conviven desde que se casaron de manera permanente y bajo el mismo techo compartiendo lecho; que su cónyuge depende económicamente de ella; que solicitó a Colpensiones el incremento deprecado sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 29), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que de las pruebas allegadas al plenario se logra evidenciar que a la demandante no le asiste derecho a que se le reconozca y pague el incremento deprecado. Indica además que conforme a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional los incrementos deprecados se

encuentran derogados. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados beneficiarios del régimen de transición, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 31 y s.s.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de agosto del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 109 y s.s.)

Su decisión se basó en que, conforme a la postura de la corte constitucional, los incrementos deprecados sufrieron una derogatoria orgánica. Que al momento en que se reconoció la pensión a la demandante los incrementos ya se encontraban derogados.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario, y los mismos se encuentran prescritos?

#### **Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

### **Respeto de la doctrina constitucional**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionada de la señora María Elvira Avendaño, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 039668 del 16 de diciembre del 2004 a partir del día 6 de mayo del 2004 (fl. 17), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del

mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

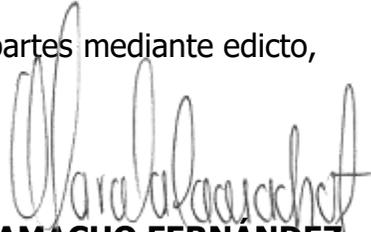
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto del 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

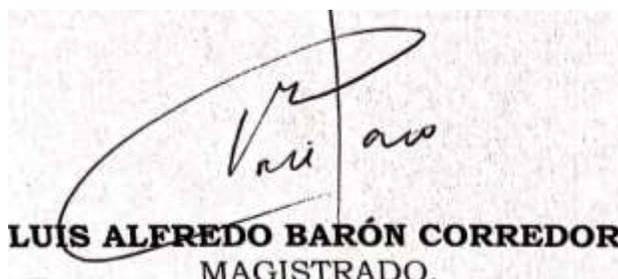
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva Voto*



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**IPROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ALVARO HERRERA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-29-2019-00017-01  
**ASUNTO:** APELACION DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Álvaro Herrera instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1° de octubre del 2007, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudas y las costas del proceso. (fol. 11 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el ISS hoy Colpensiones mediante la Resolución N° 031056 del 24 de julio del 2008 le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de octubre del 2007; que la pensión le fue reconocida por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990; que contrajo matrimonio con la señora María Teresa Salamanca de Herrera el 27 de enero de 1973; que desde su matrimonio siempre han convivido bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho; que su cónyuge depende económicamente de él; que solicitó el incremento deprecado, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 22), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se logró probar que se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos para acceder al incremento deprecado y que dichos incrementos se encuentran derogados. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y prescripción. (fol. 27 y s.s.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 45 y s.s.)

Su decisión se basó en que tanto con la postura de la Corte Constitucional como con la postura de la CSJ en este caso en particular se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que el actor es beneficiario del régimen de transición, por lo que le es aplicable el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990. Que el demandante cumple con los requisitos de tener cónyuge que depende económicamente de él, lo cual probó dentro del proceso. que la sentencia aplicada afecta la seguridad jurídica y la favorabilidad, pues en el momento en que se interpuso la presente demanda, no se había proferido la sentencia de la Corte Constitucional.

## **6. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**6.1. Alegatos Colpensiones.** Señala que se debe tener en cuenta que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que " Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

Manifestó además que la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, a través de Auto del 23 de mayo de 2018, comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU 310 de 2017.

**6.2. Alegatos demandante.** Indicó que dentro del proceso promovido se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que el demandante tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que el derecho debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a éste beneficio. En lo que refiere a la aplicación de la SU-140 de 2019, señala que se insta a que dicha decisión no sea aplicada en el presente caso, en razón a que la demanda fue presentada antes de su expedición y por lo tanto, se debe resolver la controversia bajo

los lineamientos anteriores a la sentencia de unificación, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima.

Finalmente dijo que teniendo de presente el contenido del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el nuevo criterio de la Corte Constitucional debe ser aplicado exclusivamente a los litigios iniciados con posterioridad a su publicación, ante el silencio que sobre la materia se mantuvo en la respectiva sentencia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y sí los mismos se encuentran prescritos?

#### **Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

### **Respeto de la doctrina constitucional**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Álvaro Herrera, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 031056 del 24 de julio del 2008 a partir del día 1º de octubre de 2007 (fl. 5), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

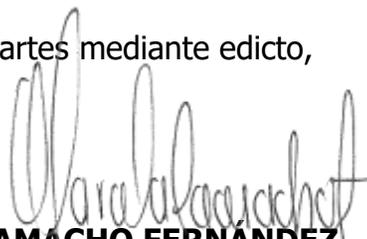
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre del 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

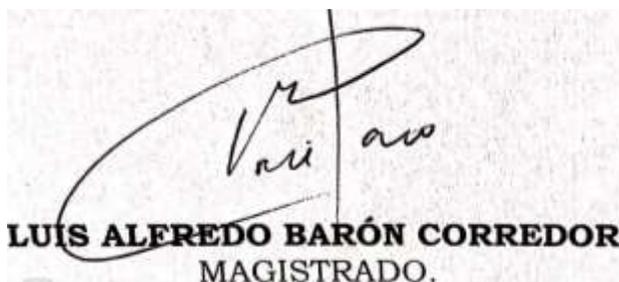
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva Voto*



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MIGUEL ANGEL MARTÍNEZ CALVO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-19-2018-00692-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Miguel Ángel Martínez Calvo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, con el fin de se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS el 27 de marzo del 2001, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información necesaria, completa y oportuna. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitó se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al demandante como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se trasladó del ISS a la AFP PORVENIR el 27 de marzo del 2001; que el asesor comercial no le brindó la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS; que no se le hizo un estudio de su situación particular; que le prometieron condiciones y beneficios muy superiores a los del RPMPD; que la AFP PORVENIR es quien tiene la carga probatoria de demostrar que brindó la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; que nació el 6 de diciembre de 1954; que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 70), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues su afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fol. 59 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A..** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la superintendencia Financiera de Colombia. Que es claro que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 81 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS; declaró válidamente vinculado al actor en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado; condenó a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros, incluidos los intereses y comisiones y sin descontar los gastos de administración. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria está en cabeza de la AFP quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado de régimen. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP PORVENIR debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones las cuales debe devolver de su propio patrimonio. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que se le brindó la información necesaria conforme a la ley que estaba vigente al momento del traslado. Que se probó que se le brindó la información suficiente al momento del traslado. Que conforme al interrogatorio de parte lo que se evidencia es que la inconformidad del actor no es por la falta de información sino porque su mesada quedaría inferior en el RAIS. Que el actor de manera libre y voluntaria se afilió al RAIS. Que se debe analizar cada caso en particular. Que se generaron los rendimientos. Que los gastos de administración son una contraprestación justa por ley. Que los gastos de administración no pueden confundirse con las cotizaciones. Que con los gastos de administración se pagan unos seguros previsionales, los cuales se pagan a una aseguradora que es un tercero mes a mes, lo cual se descuentan conforme a la ley. Que si las cosas vuelven a su estado

anterior no se generarían rendimientos. Que las cotizaciones fueron administradas en debida forma por lo que no se debe hacer devolución de las mismas.

Pos su parte, **COLPENSIONES** impugnó la decisión indicando que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria, lo cual se prueba con el formulario de afiliación. Que para el momento en que el actor se trasladó no existía la obligación de recibir una doble asesoría. Que la asesoría se debe valorar dependiendo lo que se exigía para el momento del traslado. Que no se tuvo en cuenta que Colpensiones es un tercero que no puede verse afectado por el contrato que celebró el actor y la AFP. Que hasta el año 2016 para demostrar la voluntad de afiliarse al RAIS bastaba con el formulario. Que ha permanecido en el RAIS por más de 17 años. Que al aceptar el traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos demandante.** Señala que el demandante tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 27 de marzo de 2001 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, solicito se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener a la señora demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

**7.2. Alegatos Colpensiones.** Solicita se absuelva de la totalidad de las pretensiones toda vez que el demandante **no hizo efectivo** uno de **los derechos** que poseen los afiliados, este es, **el retracto**, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Indicó además que el demandante escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado y que hoy por hoy ya tiene la edad para pensionarse, y en consecuencia la encargada del reconocimiento pensional es la AFP PORVENIR.

Dijo que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil y que en caso de haber existido la nulidad alegada la misma fue **saneada** en los términos del artículo 1752 del Código Civil. Finalmente, manifiesta que se ve afectada la sostenibilidad financiera.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen

de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿la falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Miguel Ángel Martínez Calvo cotizó al ISS desde 10 de noviembre de 1969 al 31 de marzo del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 26) y que se trasladó a la AFP PORVENIR desde el día 27 de marzo del 2001, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 14).

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes. Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Miguel Angel Martínez Calvo**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso

del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que no es cierto como lo señala el apoderado de la AFP PORVENIR que con el interrogatorio de parte absuelto por el actor se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona el señor Martínez Calvo es que le dijeron que el ISS iba a desaparecer; que se podía pensionar a cualquier edad; que su mesada pensional en el RAIS iba a ser superior; que la pensión en el ISS sólo era para la esposa y en el RAIS los hijos podían heredar la pensión; que si no se pensionaba le hacían la devolución del dinero y las ventajas de trasladarse al RAIS, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Martínez Calvo haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de agosto del 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

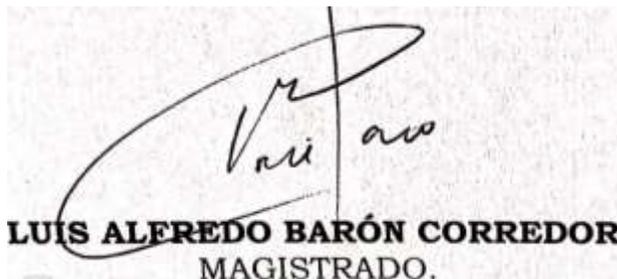
**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.  
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JHON JAIRO MARTÍNEZ GRISALES  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-24-2019-00012-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. RAFAEL ALBERTO GUTIÉRREZ MEJÍA como apoderado del demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Jhon Jairo Martínez Grisales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, con el fin de se declare la nulidad del traslado del régimen al RAIS. Como consecuencia solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros que se hubiesen causado y el saldo de la cuenta de ahorro individual. Solicita se ordene a COLPENSIONES recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR S.A. y a registrar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas. Como pretensiones subsidiarias solicita se condene a la AFP PORVENIR por los perjuicios causados. (fl. 2 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 16 de marzo de 1961; que por falta de asesoría se traslado al RAIS el 1° de agosto de 1999 a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR; que el 1° de junio del 2004 se trasladó de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; que al momento del traslado al RAIS no se le brindó la información necesaria y suficiente; que solicitó el 30 de noviembre del 2013 su traslado a Colpensiones, el cual le fue negado; que que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 52), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que en el negocio celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza del demandante para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de nulidad del traslado, máxime porque obra en el expediente copia del formulario de afiliación al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidad del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica. (fol. 59 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A..** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado del demandante a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso como excepciones de mérito la de prescripción. (fol. 106 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS; declaró que para todos los efectos legales se debía tener que el demandante siempre estuvo vinculado al RPMPD; ordenó a la AFP PORVENIR que traslade todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses junto con los gastos de administración y todos los valores que hubiera deducido. Ordenó a Colpensiones a recibir todos los dineros y actualizar la historia laboral del demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria está en cabeza de la AFP quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado de régimen. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP PORVENIR debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones las cuales debe devolver de su propio patrimonio. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que la sentencia únicamente tiene un sustento jurisprudencial. Que se está afectando la inescindibilidad de la norma, pues se habla de manera indistinta de nulidad e ineficacia de traslado. Que en ninguna norma se señala que la falta de información al momento del traslado traiga consigo la ineficacia del mismo. Que el demandante era quien tenía la carga probatoria de conformidad con la carga dinámica de la prueba. Que no se está revisando el presente proceso basándose en las normas vigentes al momento del traslado, en las cuales bastaba con la firma del formulario. Que se debió declarar la prescripción de los gastos de administración.

Por su parte, **COLPENSIONES** impugnó la decisión indicando que se observa que hubo una decisión libre e informada la cual fue reiterada con su traslado a la AFP HORIZONTE. Que en 1999 fecha en que se trasladó la demandante no existía la obligación de brindar una información detallada. Que el traslado afecta la sostenibilidad del sistema.

## 7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

**7.1. Alegatos demandante.** Señala que comparte el criterio del a quo, en cuanto que la jurisprudencia establece, que quien debe probar que al afiliado se le suministró toda la información necesaria para que tomara una decisión libre y voluntaria al momento del traslado, es la administradora de pensiones, que es la entidad obligada a obrar con diligencia y cuidado al momento de abordar al trabajador que desea afiliarse, porque la prueba de la diligencia le incumbe a quien debe observarla, aportando evidencia que la información suministrada fue clara, oportuna, cierta y suficiente, como lo señaló la Corte, entre otras en las sentencias del 09 de septiembre de 2008, Exp.31989, SL 1452 de 2019 y SL 1421 de 2019.

**7.2. Alegatos AFP PORVENIR.** Señala que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

Señala que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza. Finalmente, manifiesta que la Superintendencia financiera emitió concepto señalando que no es procedente la devolución de los gastos de administración.

**7.3. Alegatos Colpensiones.** Indica que no existe ninguna prueba dentro del expediente que evidencie que al momento del traslado existió un vicio del consentimiento. Que a la fecha en que se realizó el traslado el actor contaba con muy pocas semanas por lo que no tenía una expectativa legítima. Que no se encuentra dentro de los parámetros dados por la Corte Constitucional para que proceda el traslado. Que es imposible invertir la carga de la prueba y que al momento del traslado era suficiente con el formulario.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La falta de información se sana con el traslado entre diferentes AFP

del RAIS?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que tal y como lo indica el apoderado de la AFP PORVENIR S.A. no puede hablarse indistintamente de nulidad e ineficacia, pues son dos figuras jurídicas diferentes y lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Jhon Jairo Martínez Grisales cotizó al ISS desde 18 de septiembre de 1986 al 31 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 41) y que se trasladó a la COLPATRIA hoy AFP PORVENIR desde el día 16 de junio de 1999 conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 20) y que posteriormente, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 28 de abril del 2004 tal y como se desprende formulario de afiliación. (fl. 21)

### **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Jhon Jairo Martínez Grisales**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a

desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS**

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones 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.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias

utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

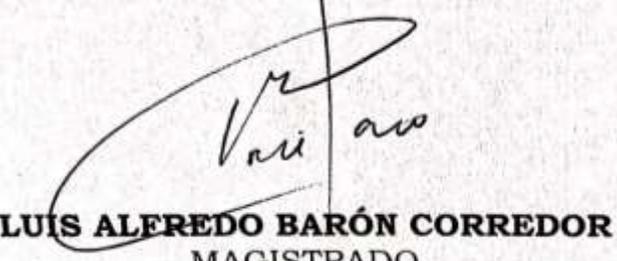
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ANA MARÍA CASTILLO GARCÍA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS  
**RADICACIÓN:** 1100131050-28-2019-00339-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLFONDOS Y COLPENSIONES  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Ana María Castillo García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS, con el fin de se declare la nulidad de la afiliación al RAIS. Como consecuencia, solicita se ordene a la AFP COLFONDOS que traslade todos los aportes de la demandante junto con sus rendimientos a COLPENSIONES. Ordenar a COLPENSIONES a tener a la demandante afiliada sin solución de continuidad y aceptar y recibir todos los aportes. Igualmente solicita se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y a las costas del proceso. (fl. 4 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 30 de mayo de 1963; que se afilió al ISS el 17 de noviembre de 1987; que actualmente tiene 56 años de edad; que el 14 de junio de 1994 firmó el formulario de afiliación al RAIS; que el fondo privado no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó ante las demandadas se declare la nulidad de su afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 86), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la inconformidad de la demandante no es la falta de información sino el valor de su mesada pensional. Propuso como excepciones de fondo las de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fol. 121 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A..** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se afilió al RAIS haciendo uso de su derecho a la libre escogencia de régimen; que los asesores comerciales de la AFP COLFONDOS le brindaron a la demandante una asesoría integral y completa. Propuso como excepciones de fondo de 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 COLPENSIONES, prescripción, compensación y pago. (fol. 134 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS y como consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPMPD. Declaró nmo probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado por lo que debe declararse la nulidad del mismo. Que es imprescriptible.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones están permitidos y regulados por la Ley. Que permanecer en el RAIS le permitió a la demandante obtener rendimientos. Que si las cosas vuelven al estado anterior no se deberían trasladar los rendimientos, pues éstos no se generan en el RPMPD.

Pos su parte, **COLPENSIONES** impugnó la decisión indicando que la demandante no puede venir ahora después de varias deudas a alegar la falta de información al momento del traslado, pues los vicios del consentimiento que se hayan podido presentar ya quedaron saneados.

**7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos Colpensiones.** Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP COLFONDOS S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**7.2. Alegatos demandante.** Solicita se de aplicación a la línea jurisprudencial de la CSJ.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación y así lo declaró el Juez, oolo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Ana María Castillo García cotizó al ISS desde 17 de noviembre de 1987 al 13 de junio de 1994, conforme lo acepta Colpensiones al contestar la demanda (fl. 121) y que se trasladó a la AFP COLFONDOS desde el día 14 de junio de 1994, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 145)

## **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Ana María Castillo García, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de

obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

## Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

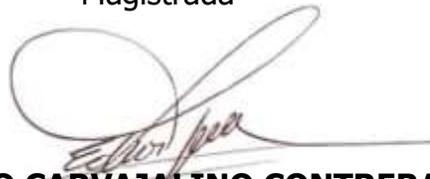
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

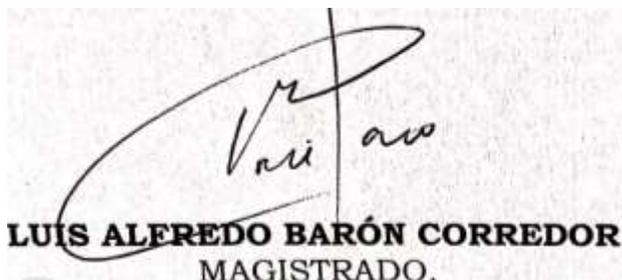
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** INES MARITZA LÓPEZ GARRIDO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-15-2019-00484-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. JUANITA ALEXANDRA SILVA TELLEZ como apoderada sustituta de la AFP PORVENIR, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Inés Maritza López Garrido instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, con el fin de se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS en enero de 1998 por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando el consentimiento. Como consecuencia, solicita se ordene a la AFP PORVENIR a retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se condene a COLPENSIONES a recibir en el RPMPD a la demandante y mantenerla afiliada sin solución de continuidad, junto con las costas del proceso.

(fl. 3 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 de mayo de 1962; que estuvo afiliada al ISS del 11 de abril de 1985 al 31 de diciembre de 1997; que alcanzó a cotizar en el RPMPD 346 semanas; que para el año 1997 cuando laboraba para la AGENCIA DE ALCOHOL EL AS LTDA llegó un asesor de la AFP HORIZONTE; que el asesor le ofreció afiliarse al RAIS donde su pensión no se determinaba por las semanas cotizadas, sino por la cantidad de dinero que lograra ahorrar; que le indicó que podría pensionarse en cualquier tiempo; que no le brindó la información necesaria; que a enero del 2019 tenía cotizadas 1421 semanas; que radicó derecho de petición solicitando la nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 74), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que se atiene a lo probado por la AFP PORVENIR y si se logra probar los vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones. (fol. 95 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A..** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de su afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 124 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia ordenó a la AFP PORVENIR que traslade todos los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual al RPMPD. Ordenó a Colpensiones que reactive la afiliación de la demandante y reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR y tenga a la demandante como si nunca se hubiese trasladado al RAIS.

La decisión del Juez se basó en que acoge el criterio de la CSJ. Indicó que la carga probatoria recae en la AFP PORVENIR S.A. Que no es suficiente con la firma del formulario. Que la AFP PORVENIR no probó haber brindado a la demandante la información necesaria al momento del traslado. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible. En la parte motiva se dijo que debía devolver los gastos de administración pero no lo plasmó en la parte resolutive.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que la demandante firmó el formulario de afiliación al RAIS el cual era el requisito para el momento en que la demandante se trasladó. Que lleva más de 20 años afiliada al RAIS. Que la demandante no quiere que se declare la ineficacia por la falta de información sino porque el valor de su mesada pensional es inferior en el RAIS. Que se le brindó la información que se requería al momento del traslado. Que la demandante confesó que se le había brindado la correspondiente asesoría. Que se debe revocar la orden

impartida por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, pues es contradictorio que tenga que remitir los rendimientos que se generaron por la administración de dicha AFP. Que las sumas previsionales ya no están en cabeza de la AFP, toda vez que ya cubrieron un riesgo dentro de la afiliación al RAIS.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020**

**7.1. Alegatos AFP PORVENIR.** Indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Asimismo, considera que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

Solicita que frente a una eventual orden de devolver los gastos de administración, esta resultaría improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

**7.2. Alegatos demandante.** Pide se confirme la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del presente trámite procesal, ninguno de los fondos demostró de ninguna manera que a la demandante al momento del traslado en el régimen pensional se le haya presentado una información CLARA, COMPLETA, COMPENSIBLE, TRANSPARENTE, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que DEBIAN CUMPLIR las administradoras de fondos de pensiones al momento del traslados del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo.

**7.3. Alegatos COLPENSIONES.** Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y porque en ningún momento se logró observar VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Inés Maritza López Garrido cotizó al ISS desde 11 de abril de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 46) y que se trasladó a la AFP PORVENIR desde el día 1º de enero de 1998 conforme lo certifica dicha entidad. (fl. 145)

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Inés Maritza López Garrido, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien la demandante manifiesta al absolver su interrogatorio de parte que se le informó que podía pensionar a cualquier edad y que la rentabilidad iba a ser mejor en el RAIS que en el RPMPD; lo cierto es, que con esto no se prueba que se le haya informado sobre todos los aspectos que señala la jurisprudencia de nuestra CSJ, por lo que no demuestra haber brindado la información suficiente al momento del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H.

Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO. - ADICIONAR** la sentencia proferida el 13 de agosto del 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Inés Maritza López Garrido de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna **por concepto de gastos de administración** y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades, lo cual se adiciona teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia olvidó señalarlo en la parte resolutive de su sentencia.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** RICARDO HERNÁN MARTÍNEZ BARRETO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-05-2018-00457-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Ricardo Hernán Martínez Barreto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la invalidez y/o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que las demás afiliaciones son nulas por falta de consentimiento informado. Que se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones los aportes pensionales que obren en su historia laboral y sus respectivos rendimientos; que se ordene a Colpensiones a recibir al demandante en el RPMPD y acredite en su historia laboral el tiempo cotizado ante la AFP PORVENIR. Finalmente, pide se condene en costas del proceso a las demandadas.

(fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el día 1 de septiembre de 1994 se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 1° de enero de 2005 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR; que al momento de los traslados no fue asesorado en debida forma; que la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR tramitó otro formulario de afiliación sin que el mismo sea clara la fecha de afiliación; que nunca se le expusieron las consecuencias adversas que podía representar el traslado de régimen para aquellos servidores que ya contaban con una expectativa legítima en el RPMPD; que se omitió realizar una proyección que acreditara que el RAIS le ofrecía unas condiciones más favorables; que fue inducido a error por los fondos privados, error que vicio su consentimiento; que a la fecha se encuentra afiliado a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR en el cual se pensionaría con una mesada que no cubre con su mínimo vital.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 48-49), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no puede aceptar el traslado hasta que se prueben los respectivos vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo y/o demuestre que esta cobijado por el régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica. (fol. 52 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no se acredita la existencia de un vicio del consentimiento; que el demandante realizó múltiples traslados entre AFPs que denota su voluntad de vinculación y permanencia al régimen, sumando a su interés de realizar aportes voluntarios; que la afiliación es válida y no hay lugar a realizar traslado alguno de capital a favor de Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 110 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de julio del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos y a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (fol. 217y s.s.)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria al demandante. Que no importa si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que se produjo un error de hecho en el objeto del contrato.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que en el presente caso no se evidenció la existencia de un error de hecho en el objeto, por el contrario, el objeto de la AFP es la administración adecuada de los recursos aportados por el demandante el cual si cumplió. Que se le brindó la información al demandante, conforme a la normatividad del año 1994. Que los diferentes traslados dan fe de su voluntad de permanecer en el RAIS.

Por su parte **COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que no se evidenció la existencia de algún vicio del consentimiento. Que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Que no se evidenció un error en el objeto si no un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento. Que los diferentes traslados horizontales ratificaron su decisión de permanecer en el RAIS y que se afecta la sostenibilidad financiera.

## 7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

**7.1. Alegato AFP PORVENIR.** Señala que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

**7.2. Alegatos Colpensiones.** Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en la cual se declaró la Nulidad de Traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, teniendo en cuenta que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado en el entendido que el Sr. RICARDO HERNAN MARTINEZ BARRETO, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Indica además que con la decisión de declarar la nulidad se afecta la sostenibilidad financiera. Finalmente, refiere que el accionante no tenía una expectativa legítima por lo que no es procedente declarar la nulidad del traslado.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró el fallador de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su

**ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Ricardo Hernán Martínez Barreto cotizó al ISS hasta el 10 de agosto de 1994, conforme aparece en la certificación de Asofondos (fol. 106), toda vez que no se aportó historia laboral de Colpensiones. Que el día 10 de agosto de 1994 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 98). Posteriormente se vinculó a la AFP BBVA Horizonte hoy AFP PORVENIR el 12 de septiembre del 2001, como aparece en el formulario de vinculación allegado por Porvenir (fol.99).

### **Deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Ricardo Hernán Martínez Barreto**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga

la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

Ahora bien, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019 el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP dentro del RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones 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.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989,

9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de Colpensiones que en el presente caso no se estudia si el actor está dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 que prohíbe el traslado cuando le falten 10 años o menos para adquirir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino frente a una ineficacia del traslado.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral segundo de la sentencia proferida el 15 de julio del 2020, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Ricardo Hernán Martínez

Barreto de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO. SIN COSTAS** en esta instancia

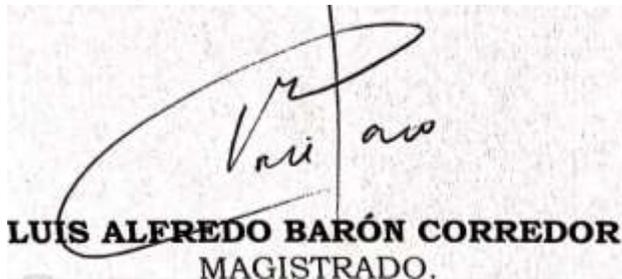
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** PEDRO ISRAEL TORRES CASTILLO  
**DEMANDADO:** EDIFICIO CATALINA PH  
**RADICACIÓN:** 1100131050-38-2018-00154-01  
**ASUNTO:** CONSULTA EN FAVOR DEMANDANTE  
**TEMA:** CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Pedro Israel Torres Castillo instauró demanda ordinaria contra el Edificio Catalina PH con el fin de que se condene a la demandada a pagar los salarios y horas extras del mes de marzo del 2015, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones durante la relación laboral, junto con la indemnización por terminación del contrato, se le reintegren los dineros descontados sin su autorización, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.)

Como fundamentos facticos de las pretensiones señaló que ingresó a laborar para la demandada el 30 de marzo del 2014 mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, para desempeñar el cargo de vigilante; que prestaba turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso; que el salario pactado fue de \$1'100.000; que su salario se pagaba quincenalmente; que no fue afiliado a seguridad social, a pesar de que le descontaban \$84.000 por el porcentaje que le correspondía pagar de seguridad social; que lo enviaron a vacaciones el 30 de marzo del 2015; que regreso el 20 de abril del 2015 y le informaron que ya no tenía trabajo y sólo le permitieron el ingreso para entregar las prendas y los elementos de trabajo; que al reclamar el pago de sus prestaciones sociales le manifestaron que no tenía derecho a ellas, pues su salario es integral; que se le adeudan las acreencias laborales pretendidas en la presente demanda.

**2. Contestación de la demanda.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nunca existió una relación

laboral con el demandante, ni ningún vínculo. Indica que no es cierto que haya laborado en dicha entidad; que para la fecha en que el demandante afirma le prestó sus servicios personales se encontraban laborando como vigilantes los señores Carlos Rodríguez, Jhordan Caro y Jairo Guzmán, lo cual se demuestra con la minuta que firmaban los celadores y los comprobantes de pago. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, las que se prueben dentro del proceso aun cuando constituyan presupuestos procesales. (fol. 72 y s.s.)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de octubre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 195)

Su decisión se basó en que si bien se aplicó a la demandada la sanción del art. 205 del CGP por su inasistencia al interrogatorio de parte, lo cierto es que la presunción que nació con dicha sanción se desvirtuó con la copia de los libros de registro de los vigilantes que da cuenta la entrega y recibo de los puestos de trabajo en el que se observa que quienes prestaban sus servicios como vigilantes para la época que aduce el actor eran personas diferentes a él; lo cual se corrobora con los testimonios. Por tanto, el actor ni siquiera logró probar la prestación del servicio para con la demandada por lo que absuelve de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿El fallador de primera instancia desconoció los principios de primacía de la realidad, irrenunciabilidad de derechos mínimos y favorabilidad, al encontrarse acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes en litis?

#### Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del C.S. del T, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, ante la inasistencia de la demandada al absolver el interrogatorio de parte se le declaró confesa de los hechos susceptibles de confesión conforme lo permite el art. 205 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS; es decir, se declaró confesa de la existencia de una relación laboral con el demandado.

Ahora, si bien es cierto dicha confesión es una presunción legal que admite prueba en contrario, lo cierto es que contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, esta Sala considera que la PH demandada no logra desvirtuar dicha presunción con las copias de las minutas que allegaron a folio 127 a 185 las cuales señalan eran las diligenciadas por los vigilantes de la PH y en las cuales no aparece registro del demandante, como quiera ellas contradicen lo narrado por los testigos José Gabriel Mendivelso y Luz Stella Vargas Calderón, quienes no fueron objeto de tacha de sospecha por la parte demandada, personas que manifestaron de manera unánime que son propietarios y residentes en el conjunto Edificio Catalina Propiedad Horizontal, lugar donde vieron al señor Pedro Israel Torres Castillo laborando como vigilante del conjunto, siendo en consecuencia, testigos directos y contundentes de los hechos debatidos, máxime cuando refieren las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los percibieron al afirmar que cuando salían o regresaban de trabajar observaban al accionante trabajando en la labor de vigilancia de la propiedad horizontal; con lo cual claramente quedó demostrada la prestación personal del servicio del actor para la PH demandada.

### **Extremos de la relación laboral**

El demandante solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 30 de marzo del 2014 al 20 de abril del 2015.

En cuanto a la determinación de los extremos laborales, tal y como lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 2700-2019, el hecho de presumirse la existencia del contrato de trabajo a raíz de haberse probado la prestación personal del servicio, en los términos del artículo 24 del CST, no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como son los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Para los casos en que no existe certeza del día exacto en que comenzó o finalizó la relación laboral, se debe acudir al criterio de nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 905-2013 la cual reiteró la sentencia bajo el radicado 22580 del 22 de marzo del 2006 en donde la Corte señaló lo siguiente:

*"...en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:*

*"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*

*En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:*

*<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.*

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000" (resalta la Sala).*"

Conforme a lo anterior y tal como lo dijo la Corte en la sentencia precitada *"...si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado"*

Para demostrar los extremos de la relación laboral se encuentran las declaraciones de los señores José Gabriel Mendivelso y Luz Stella Vargas Calderón quienes coincidieron en afirmar que vieron laborando al actor desde marzo del 2014 a abril del 2015, datas de las que tienen conocimiento al ser propietarios de un apartamento en el edificio donde prestaba sus servicios el señor Torres Castillo como vigilante; por lo que aplicando la regla dada por nuestra CSJ, se tendrá que el actor laboró por lo menos desde el último día de marzo del 2014 y hasta el primer día de abril del 2015.

Por tanto, se declara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del **30 de marzo del 2014 al 1° de abril del 2015**.

### **Salario**

Frente al salario el actor señala que devengaba la suma de \$1'100.000 lo cual coincide con lo dicho por el testigo José Gabriel Mendivelso, quien manifestó que de acuerdo a los balances que le presentaban a los propietarios en las juntas de administración ese era el valor devengado por el actor; por lo que se tendrá como salario la suma de \$1'100.000.

### **Excepción de prescripción**

En el presente caso la parte demandada al contestar la demanda no propuso la excepción de prescripción, por lo que no hay lugar hacer ningún pronunciamiento sobre ella como quiera que de conformidad con el art. 282 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, la excepción de prescripción no puede reconocerse oficiosamente en la sentencia.

### **Acreencias laborales adeudadas**

Se procede a revisar las acreencias laborales pretendidas por el actor, teniendo en cuenta que la demandada no aportó ninguna prueba de haber pagado alguna suma de dinero al actor, de la siguiente manera:

- **Salario marzo del 2015**

Teniendo en cuenta que la demandada no demostró haber pagado el salario de marzo del 2015 se le condena a pagar por este concepto **la suma de \$1'100.000**.

- **Horas extras y dominicales**

No probó el demandante a que días específicamente se refiere la pretensión de horas extras y dominicales, y no relacionó su cantidad y fecha con claridad y precisión, motivo por el cual se hace imposible cualquier liquidación, toda vez que no se determinó las fechas en que se deben, siendo imposible hacerlo con una aproximación, tal y como lo ha reiterado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4329-2020, en la que se dejó sentado que las horas extras y dominicales laborados deben ser determinados concretamente, por ser trabajo fuera de lo normal o extraordinario y este debe ser autorizado y probado, en su cuantía y exactitud de días, pues no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducirlos, por tanto, no queda otro camino que absolver de la pretensión.

- **Auxilio de Cesantías**

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda la suma de **\$1'102.933,33** por concepto de auxilio de cesantías durante la relación laboral.

| <b>Auxilio de Cesantías</b>       |              |                       |   |                |                        |
|-----------------------------------|--------------|-----------------------|---|----------------|------------------------|
| Auxilio de Cesantías              | Salario      | Auxilio de transporte | Total (salario + auxilio de transporte) | Días laborados | Valor cesantías        |
| 2014                              | \$ 1.100.000 | \$ 0                  | \$ 1.100.000                            | 271            | \$ 825.000,00          |
| 2015                              | \$ 1.100.000 | \$ 0                  | \$ 1.100.000                            | 91             | \$ 277.933,33          |
| <b>Total Auxilio de cesantías</b> |              |                       |   |                | <b>\$ 1.102.933,33</b> |

### **Intereses a las cesantías**

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

*"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*

*2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía,*

*cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.*

*3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.*

*4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable*

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala "El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías, tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la sala que se adeuda al actor la suma de \$82.955,64 por concepto de intereses a las cesantías durante la relación laboral.

| <b>Intereses a las cesantías</b>                                  |                 |                |                                 |
|---|-----------------|----------------|---------------------------------|
| Intereses a las cesantías exigibles                               | Valor cesantías | Días laborados | Valor intereses a las cesantías |
| 31 enero 2015 (sobre cesantías 2014)                              | \$ 825.000,00   | 271            | \$ 74.525,00                    |
| 1º de abril del 2015 finalizó contrato (sobre cesantías año 2015) | \$ 277.933,33   | 91             | \$ 8.430,64                     |
| <b>Total Intereses a las cesantías</b>                            |                 |                | <b>\$ 82.955,64</b>             |

### **Prima de servicios**

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Las operaciones realizadas arrojan como valor adeudado por concepto de prima de servicios durante la relación laboral la suma de **\$1'102.933,33**.

| Prima de servicios |                 |                       |  |                 |
|--------------------|-----------------|-----------------------|--|-----------------|
| Prima causada      | Salario         | Auxilio de transporte | Tota (salario + auxilio de transporte) | Valor prima     |
| jun-14             | \$ 1.100.000,00 | \$ 0,00               | \$ 1.100.000,00                        | \$ 183.333,33   |
| dic-14             | \$ 1.100.000,00 | \$ 0,00               | \$ 1.100.000,00                        | \$ 550.000,00   |
| abr-15             | \$ 1.100.000,00 | \$ 0,00               | \$ 1.100.000,00                        | \$ 369.600,00   |
|                    |                 |                       |  | \$ 1.102.933,33 |

## Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas se encuentra que se adeuda al actor la suma de **\$552.933,33** por la compensación de vacaciones durante la relación laboral.

| Vacaciones -inició el contrato el 1° de agosto de 1995- |  |                 |                |               |
|---|--|-----------------|----------------|---------------|
| Tiempo laborado – causación                             | Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles) | Salario         | Días laborados | Valor prima   |
| 30-03-2014 a 29-03-2015                                 | 1/04/2015 (terminó contrato)                 | \$ 1.100.000,00 | 360            | \$ 550.000,00 |
| 30-03-2015 a 1-04-2015                                  | 1/04/2015 (terminó contrato)                 | \$ 1.100.000,00 | 2              | \$ 2.933,33   |
| Total Vacaciones  |  |                 |                | \$ 552.933,33 |

### **Sumas descontadas del salario**

Es necesario precisar que, aunque el demandante manifiesta que durante la relación laboral le fueron descontados la suma de \$84.000 mensuales de su salario, lo cierto es, que no probó que se le haya efectuado dicho descuento, siendo su carga probatoria en los términos del art. 167 del CGP el cual indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

### **Calculo actuarial**

Teniendo en cuenta que la demandada no probó que afilió a su trabajador para cubrir los riesgos de seguridad social en pensión, y conforme lo tiene dispuesto la corte suprema de justicia, entre otras, en la sentencia SL 4099-2020 se le condena a pagar a la entidad de seguridad social que elija el actor o la que se encuentre afiliado el cálculo actuarial por los aportes pensionales causados entre el 30 de marzo del 2014 y el 1º de abril del 2015, teniendo como salario la suma de \$1'100.000.

### **Indemnización por despido sin justa causa**

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que el demandante haya sido despedido el 1º de abril del 2015, por lo que la parte actora no cumple con su carga probatoria de demostrar el despido; razón por la cual se debe absolver de esta pretensión.

### **Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías**

Para determinar si hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no encuentra sala que el actuar de la demandada haya estado revestido de buena fe; por el contrario, lo que se evidencia es que trató de ocultar que el actor le prestó sus servicios personales y la existencia de la relación laboral; razón por la cual procede impartir condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

### **Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías**

El numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado **deberá pagar un día de salario por cada día de retardo**.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1'686.666,36** por sanción por no consignación de las cesantías, suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto.

| Sanción por no consignación de cesantías |  |              |                |              |                 |
|--|--|--------------|----------------|--------------|-----------------|
| Cesantías causadas                       | Cesantías (Fecha en que se debían consignar) | Salario      | Día de salario | Días en mora | Valor Sanción   |
| 2014                                     | 15-02-2015                                   | \$ 1.100.000 | \$ 36.666.66   | 46           | \$ 1.686.666,36 |

## Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 1° de abril del 2015 y la demanda se presentó el 16 de marzo del 2018 (fol. 18), es decir, que **no** se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la demandante tiene derecho a que se le reconozca a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta el mes 24, lo cual arroja la suma de **\$26'399.995,2** (teniendo como salario diario la suma de \$36.666,66) y a partir del mes 25, deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera hasta que se efectúe el pago total de la obligación. Los intereses serán aplicados sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

## Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria y teniendo en cuenta que las demora en el pago de las vacaciones no se encuentra incluido dentro de la indemnización moratoria se ordene que la suma adeudada por compensación de vacaciones se pague debidamente indexada desde la fecha en que se dio por terminado el contrato -1° de abril del 2015 a la fecha en que se efectúe su pago.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 22 de octubre del 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre PEDRO ISRAEL TORRES CASTILLO y el EDIFICIO CATALINA PROPIEDAD HORIZONTAL entre el 30 de marzo del 2014 al 1° de abril del 2015, cuyo salario ascendió a la suma de \$1'100.000.

**SEGUNDO: CONDENAR** al EDIFICIO CATALINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar al señor PEDRO ISRAEL TORRES CASTILLO las siguientes sumas de dinero:

- |  |                |
|--|----------------|
| • Salario marzo 2015                       | \$1'100.000    |
| • Cesantías                                | \$1'102.933,33 |
| • Intereses a las cesantías                | \$82.955,64    |
| • Prima de servicios                       | \$1'102.933,33 |
| • Compensación de vacaciones               | \$552.933,33   |
| • Sanción por no consignación de cesantías | \$1'686.666,36 |

**TERCERO: CONDENAR** al EDIFICIO CATALINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar al señor PEDRO ISRAEL TORRES CASTILLO la suma de **\$26'399.995,2** a título de indemnización moratoria por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera hasta que se efectúe el pago total de la obligación. Los intereses serán aplicados sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

**CUARTO: CONDENAR** al EDIFICIO CATALINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar a la entidad de seguridad social que elija el actor o la que se encuentre afiliado el cálculo actuarial por los aportes pensionales causados entre el 30 de marzo del 2014 y el 1° de abril del 2015, teniendo como salario la suma de \$1'100.000.

**QUINTO: CONDENAR** al EDIFICIO CATALINA PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar al señor PEDRO ISRAEL TORRES CASTILLO de manera indexada la suma adeudada por concepto de compensación de vacaciones, desde la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo al momento en que se efectúe su pago.

**SEXTO: ABSOLVER** de las demás pretensiones de la demanda.

**SEPTIMO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

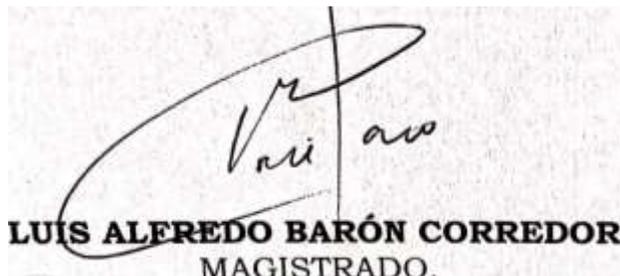
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** GLADYS MARINA PARRA LEGUIZAMON  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 11001-31050-03-2019-00410-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y DEMANDANTE  
**TEMA:** INEFICACIA DE TRASLADO + PENSIÓN DE VEJEZ

Bogotá D.C, treinta (30) de octubre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente

### AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Gladys Marina Parra Leguizamon instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A., solicitando se declare la nulidad del traslado de régimen realizado al RAIS por incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento y que por tanto, la demandante se encontraba válidamente al RPMPD. Solicitó se condene a la AFP COLFONDOS a trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; se condene a Colpensiones a activar a la demandante en el RPMPD y se le condene a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez en aplicación del art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003 a partir de la fecha de cumplimiento de los requisitos de ley, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Solicitó además como pretensiones subsidiarias se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante por el incumplimiento en los deberes

legales de información y deber de asesoría y que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 6 de agosto de 1960; que empezó a cotizar al ISS a través del empleador ATEMPI desde el 3 de agosto de 1981 al 1° de diciembre de 1981; que la demandante continuó cotizando al ISS a través del empleador ATEMPI desde el 2 de mayo de 1982 al 17 de diciembre de 1982; que prestó sus servicios para el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO desde el 9 de mayo de 1983 al 30 de noviembre de 1994; que al 30 de noviembre de 1994 ya tenía acreditadas 635 semanas de cotización; que la AFP COLFONDOS persuadió a la demandante para que se trasladara de régimen pensional en diciembre de 1994; que la AFP COLFONDOS no informó a la demandante al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen, ni la naturaleza propia de éste régimen de capitalización, ni las desventajas o riesgos de afiliarse al RAIS, ni los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, ni los beneficios de permanecer al RPMPD, ni el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS; que la demandante ha cotizado a la AFP COLFONDOS S.A. desde el 1° de diciembre de 1994 hasta la fecha; que solicitó a las demandadas se anulara la afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (fol. 139); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que si la demandante decidió que su pensión se rigiera por el RAIS es por la asesoría que le fue brindada al momento del traslado por parte de los asesores de la AFP COLFONDOS. Que no existe ninguna prueba dentro del expediente tendiente a demostrar que existió algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fols. 102 y s.s.)•

**4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A.** Dio respuesta señalando que se allana a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del CPT y de la SS. (fols. 155).

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 3 de agosto del 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar con destino a Colpensiones todos los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias (en el evento de haberlas recibido), bonos pensionales (en caso de haber sido redimidos), con todos sus rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral. Condenó en costas a COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión hizo referencia a que la AFP COLFONDOS era quien tenía la carga probatoria y no demostró haber brindado a la demandante la información requerida al momento del traslado. Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que la demandante allegó prueba de que actualmente se encuentra laborando para el Estado, por lo que no tiene derecho a que se estudie su pensión, pues al ser servidora pública es necesario su retiro para empezar a disfrutar de la pensión. Indica además que nos encontramos frente a una petición antes de tiempo, pues Colpensiones aún no ha recibido los dineros provenientes del RAIS y la sentencia ni siquiera se encuentra en firme, por lo que no se sabe que vaya a decidir el TSB.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **la demandante** interpuso recurso de apelación señalando que no considera que exista una petición anticipada como quiera que la misma se elevó ante Colpensiones el 26 de febrero del 2019. Que para la fecha en que se solicitó la pensión de vejez a Colpensiones la demandante cumplía con el requisito de edad y semanas de cotización. Que se pide que se ordene reconocerle la pensión, no incluirla en nómina y que una cosa es la causación y otra diferente es el disfrute de la pensión. Solicita se ordene a Colpensiones que una vez reciba los dineros por parte de la AFP COLFONDOS le reconozca su pensión de vejez.

Por su parte, **COLPENSIONES** impugnó la decisión manifestando que el fallador de primera instancia se refiere a que Colfondos se allanó en el presente proceso, pero que existe una deslealtad por parte de dicha entidad, pues durante el trámite administrativo siempre manifestó que la demandante se encontraba válidamente afiliada a dicha entidad y aquí se allana. Que porque no solucionó las cosas dentro del trámite administrativo. Que le están imponiendo unas costas por \$1'000.000 las cuales no tendría que asumir si COLFONDOS hubiese cumplido con su carga administrativa. Que no se ordenó que los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante se paguen de manera indexada a Colpensiones. Solicita que se abra una investigación a la AFP COLFONDOS y sus apoderados.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020**

**7.1. Alegatos Colpensiones.** Indica que no es procedente declarar la nulidad del traslado pues la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003 en su articulado 2, elemento que se encontró debidamente probado. Señala que conforme a la documental arrimada ante el Despacho (historia laboral y expediente administrativo) se constató que la accionante para el 01-04-1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) contaba con **33 años de edad**, por lo que no cumple con la primera posibilidad establecida por el legislador para hacerse beneficiaria del Régimen Especial por cuanto estableció que en caso de las **mujeres**, estas debían contar con una edad mínima de **35 años**, no obstante y como se mencionará posteriormente, la regla señalada por la Honorable Corte Constitucional se erige este régimen bajo la modalidad del cumplimiento de un monto mínimo en la densidad de semanas, lo que a la postre se demostró en primera instancia resultó ser inferior a las **750** semanas lo que significa que la misma no se encuentra cobijada para efectos de realizar su traslado de manera libre.

**7.2. Alegatos demandante.** Señala que teniendo en cuenta que el fondo privado aceptó no haber brindado la información suficiente y necesaria a la demandante al momento del traslado, acertó el fallador de primera instancia cuando declaró que el traslado efectuado al RAIS no era eficaz, por lo que solicita se confirme el fallo proferido en primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos** (i) ¿En virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Se debe ordenar la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados?; (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (v) ¿Es procedente condenar en costas a Colpensiones y éste es el momento procesal oportuno para debatir el valor del mismo? y (vi) ¿Se debe ordenar a Colpensiones que reconozca la pensión de vejez que pretende la demandante?

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gladys Marina Parra Leguizamon cotizó al ISS entre el 3 de agosto de 1981 al 28 de febrero de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 130) y que, en diciembre de 1994, se trasladó a la AFP COLFONDOS, según se constata en la historia laboral (fol. 24 y s.s.) y en la certificación expedida por Colpensiones (fol. 134).

#### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Sea lo primero advertir que el *a quo* declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante con destino al RAIS, por considerar que la AFP no acreditó que dicho acto estuviera precedido de la debida información, conforme lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, decisión que no mereció ningún reparo por la AFP ni Colpensiones, de suerte que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

Ahora, en lo que concierne a Colpensiones, es claro que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, su vinculación con dicha entidad quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP los **aportes** efectuados por la accionante a ésta, a fin de que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Esta devolución no genera ningún detrimento para COLPENSIONES pues la AFP COLFONDOS debe trasladar los **dineros** que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna** por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir la AFP Protección de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones **aceptar el traslado y activar** en el régimen de prima media a la demandante. Se recalca que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la accionante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

### **Devolución a Colpensiones de los dineros de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP COLFONDOS debe devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante debidamente indexados, no es posible acceder a ello, como quiera que esta Corporación no tiene facultades extra y ultra petita, las cuales de conformidad con el art 50 del CPT y de la SS y la sentencia C 662 de 1998 en la cual estudió la exequibilidad de dicho artículo, son facultades que están reservadas para los jueces de única y primera instancia. Por tanto, al no haber sido solicitadas en la demanda, está sala no puede hacer ningún pronunciamiento al respecto.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

### **Costas a cargo de Colpensiones**

En cuanto a que la AFP COLFONDOS actuó con deslealtad pues actuó de una forma en el trámite administrativo oponiéndose a las solicitudes de la demandante y luego en el presente proceso se allanó a las pretensiones de la demanda, no es un tema que haya sido planteado al contestar la demanda, por lo que se trata de un hecho nuevo que no puede ser discutido en esta instancia.

Ahora, en cuanto a las costas de conformidad con el art. 365 del CGP se debe condenar a la parte vencida en el proceso, por lo que teniendo en cuenta que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y fue vencida en el proceso,

es claro que acertó el a quo al condenarla a costas. En cuanto al monto fijado por agencias en derecho, este no es el momento procesal oportuno para controvertirlas, como quiera que deberá hacerlo mediante recurso de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

En cuanto a que se investigue a Colfondos y sus apoderados por la forma en que adelantaron el trámite administrativo y el presente proceso, lo cierto es que esta Sala de Decisión no es competente para realizar dicha investigación, por lo que no se hará ningún pronunciamiento al respecto, lo cual no obsta para que el apoderado de Colpensiones adelante los trámites que considere pertinentes ante las autoridades competentes.

### **Competencia para conocer de la pensión solicitada por la demandante**

A través del presente proceso laboral la demandante también persigue el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, por el tiempo laborado como empleada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el cual desempeña el cargo de Técnico Operativo conforme aparece en la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Historias Laborales de la Subdirección de Recursos Humanos de la Dirección Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Si bien es cierto, la razón que tuvo el fallador de primera instancia para no estudiar la pensión deprecada por la demandante es que se trata de una petición antes de tiempo, no es menos cierto que, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, los empleados que presten sus servicios en los Ministerios ostentan la calidad de empleados públicos, salvo los empleados de construcción y mantenimiento de obras públicas, quienes son trabajadores oficiales; clasificación que no se puede pasar por alto, máxime cuando el cargo desempeñado por la accionante corresponde al de empleada pública.

A partir de lo anterior es claro que, el debate en torno a la pensión de vejez que aquí se deprecia tiene que ser conocida por la jurisdicción contenciosa, atendiendo a la calidad de empleada pública que ostenta la demandante al momento del reconocimiento de esta prestación. Lo anterior, por cuanto en los términos del numeral 4° del artículo 104 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la jurisdicción en mención conoce de las controversias y litigios relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, **y la seguridad social de los mismos**, cuando dicho régimen éste administrado por una persona de derecho público, como acontece en el presente asunto, siendo la excepción los conflictos que se generan en materia de seguridad social con respecto a trabajadores oficiales de las entidades del estado, cuestión que no acontece en las diligencias.

Por tanto, se debe confirmar este punto, pero por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

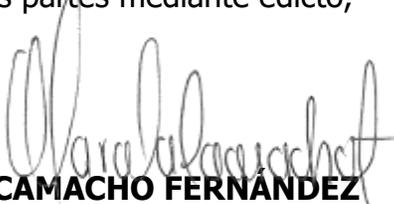
## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 3 de agosto del 2020 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Gladys Marina Parra Leguizamón de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

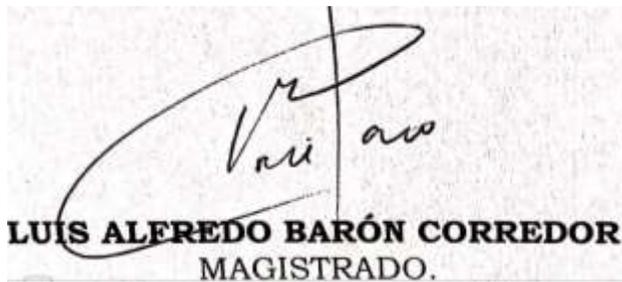
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JULIO DAVID MORENO CORREAL  
**L** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-08-2019-00203-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Julio David Moreno Correal instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre del traslado que realizó al RAIS. Como consecuencia, se declare para todos los efectos jurídicos que la parte demandante siempre ha permanecido afiliado al RPMPD. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS. Ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENI. Condenar a la AFP PORVENIR a reconocer y pagar perjuicios morales los cuales estima en 200 SMMLV y se le condene en costas. (fl. 4 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 14 de mayo de 1956; que ha laborado para diferentes entidades públicas y privadas; que en noviembre de 1998 por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación a la AFP PORVENIR; que su consentimiento estuvo viciado pues creyó que el RAIS le era más beneficioso por lo que su decisión adolece de nulidad absoluta; que la AFP PRIVADA no le brindó la información requerida al momento del traslado; que no se le informó sobre el derecho de retractarse; que solicitó la nulidad del traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fl. 76), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP PORVENIR es nulo o ineficaz toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el asesor del fondo le suministró la totalidad de la información necesaria. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 85 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante con dicha entidad fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 104 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fl. 169 y s.s.)

La decisión del Juez se basó en que la AFP Privada es quien tiene la carga probatoria de demostrar que brindó la información necesaria. Que en este caso el demandante confesó haber recibido la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe negar la declaratoria de ineficacia del traslado.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión el **demandante** interpuso recurso de apelación, señalando que que el hecho de que una persona conozca sobre el bono o que conozca sobre un rendimiento, no muestra claridad o no muestra transparencia o no evidencia la información que recibió, porque también puede darse cuenta que el señor Julio tenía informaciones de pronto por cosas ajenas a él, y esto no relevaba a Porvenir de su obligación de información.

Que la AFP no le contó que no podía pensionarse si no cumplía con un monto; que no le dijeron que solo podía pensionarse si alcanzaba ese monto, que hay un montón de características más del régimen de ahorro individual que a todas luces el señor Julio desconoce y se puede ver cuando le preguntaban por qué conocía o que sabía y la información que brinda al respecto era bastante nula. Que le parece que es evidente que el señor Julio no tenía la información suficiente al momento que suscribió el formulario de afiliación, no tenía un comparativo, ni siquiera le hablaron de ventajas del RPM, pues solo le hablaron ventajas del RAIS, nunca vio desventajas, no vio tampoco las ventajas del RPM.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos demandante.** Solicita se REVOQUE EN SU INTEGRIDAD la providencia proferida en primera instancia que absolvió a las demandadas dentro del proceso de nulidad o ineficacia de traslado adelantado ante ese despacho, teniendo en cuenta que partió de una errada y aislada interpretación de la exposición fáctica que hizo el

demandante en el interrogatorio de parte, y que no reconoce en su integridad, el precedente vertical que ha adoptado la Honorable Corte Suprema de Justicia en línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019, e incluso en sentencias de tutela, como la STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, frente al tema objeto de estudio.

**7.2. Alegatos Colpensiones.** Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP PORVENIR, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y que en ningún momento se logró observar VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

**7.3. Alegatos AFP PORVENIR.** Indica que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación dicha entidad es eficaz. Señala que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

## **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Julio David Moreno Correal cotizó al ISS desde el 7 de noviembre de 1979 al 30 de noviembre de 1998, conforme se registra en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 37) y que se trasladó a la AFP PORVENIR desde el día 30 de noviembre de 1998 conforme aparece en el formulario de afiliación (fl. 147).

## **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y

suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo señala el apelante, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Julio David Moreno Correal**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

No siendo procedente declarar probado que se le brindó la información necesaria al momento del traslado al demandante, con su dicho al absolver su interrogatorio de parte, pues el señor Moreno Correal únicamente refirió que al momento del traslado el asesor de la AFP PORVENIR le manifestó que el ISS se iba a acabar; que los que estaban en el RPMPD iban a quedar en el aire; que el vicepresidente del Banco en el que el actor trabajaba se había trasladado a la AFP PORVENIR; que podía hacer aportes adicionales y que por mal que le fuera su mesada quedaría igual a la del RPMPD, con lo cual no confiesa que se le brindó la información antes reseñada, conforme lo exige la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinad, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia proferida el 4 de marzo del 2020, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por el señor **JULIO DAVID MORENO CORREAL** y en consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES.

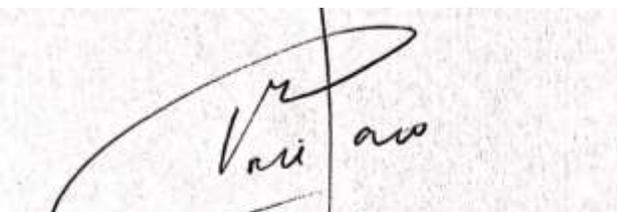
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** HILDA LUCIA MELO ACUÑA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS  
**RADICACIÓN:** 1100131050-10-2018-00573-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLFONDOS  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Hilda Lucía Melo Acuña instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS, con el fin de se declare que la AFP COLFONDOS al momento del traslado la asesoró de manera errada e inadecuadamente sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y desventajas que implicaba su traslado al RAIS; que no le suministró información completa, verídica y comprensible antes de cumplir los 47 años de edad. Como consecuencia, solicita se decrete la nulidad del traslado al RAIS; se ordene a la AFP COLFONDOS a trasladar los aportes, rendimientos, y semanas cotizadas a Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 56 y s.s. y 126 y s.s. reformó la demanda)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 17 de septiembre de 1964; que actualmente cuenta con 53 años; que se vinculó al ISS el 27 de diciembre de 1985 con el empleador INDUSTRIA FOTORAPID; que el 8 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS -AFP COLFONDOS-, sin contar con una asesoría adecuada; que antes de cumplir los 47 años no recibió ninguna asesoría por parte de la AFP COLFONDOS respecto de la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD; que como consecuencia de lo anterior, quedó inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 de no poder trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima

requerida para acceder a la pensión; que actualmente se encuentra afiliada al RAIS; que ha cotizado un total de 1567.29 semanas en toda su vida laboral; que solicitó su traslado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fl. 86), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS; que el traslado efectuado por la demandante tiene plena validez y que debía haber probado que existió un vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fol. 88 y s.s. y fl. 144 y s.s. contestación reforma de la demanda)

**4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A..** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato de afiliación celebrado entre COLFONDOS y el demandante es plenamente válida y produjo efectos jurídicos puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia del vicio del consentimiento por error derechoy la genérica. (fol. 107 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la vinculación al RAIS y como consecuencia ordenó el regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD; condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; condenó a la AFP COLFONDOS a hacer entrega a Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados; condenó a Colpensiones a que una vez ingresen los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante revise que la devolución se haya hecho en los términos acordados en la sentencia y actualice la historia laboral de la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (fl. 158 y s.s.)

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado por lo que debe declararse la ineficacia del mismo. Que no es suficiente con allegar el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS. Que conforme lo ha indicado la CSJ la devolución debe hacerse de todas las sumas recibidas, de los rendimientos y sin hacer ningún descuento por los gastos de administración. Que es imprescriptible.

**7. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la **AFP COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que las sentencias citadas por el fallador de primera instancia y proferidas por la CSJ no pueden ser aplicadas al presente caso, pues se trataban de personas con expectativas legítimas, lo cual no ocurre en el presente caso. Que el art. 1746 c.c. habla de las restituciones mutuas. Que no existe ningún soporte para ordenar la devolución de los gastos de administración y mucho menos de forma indexada.

## 8. Alegatos Decreto 806 del 2020.

**8.1. Alegatos Colpensiones.** Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP PORVENIR, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y que en ningún momento se logró observar VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones por no haber apelado de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Hilda Lucía Melo Acuña cotizó al ISS desde 27 de diciembre de 1985 al 30 de abril de 1996, conforme se registra en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 4) y que se trasladó a la AFP COLFONDOS desde el día 8 de septiembre de 1997, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 7)

## **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Hilda Lucía Melo Acuña**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria acertó el fallador de primera instancia al ordenar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes de la demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

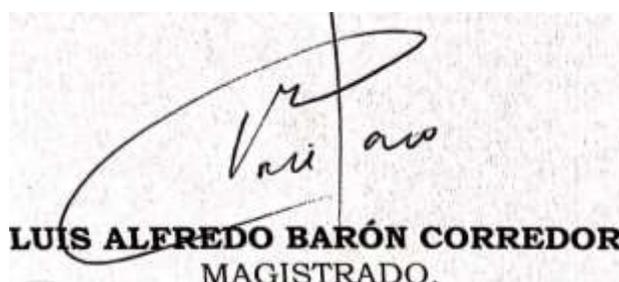
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*





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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** **ORDINARIO LABORAL**  
**DEMANDANTE:** **HELBER ALFONSO TOVAR GONZÁLEZ**  
**DEMANDADO:** **COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**  
**RADICACIÓN:** **1100131050-02-2019-00141-01**  
**ASUNTO:** **APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES**  
**TEMA:** **INEFICACIA TRASLADO**

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LAURA ROCÍO MARTÍNEZ LIZARAZO como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1.Demanda.** Helber Alfonso Tovar González instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación que se realizó a la AFP PORVENIR por existir falta en el deber efectivo de información. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR a realizar todos los trámites pertinentes para el retorno del demandante al RPMPD incluyendo los rendimientos los aportes, rendimientos y bonos pensionales a que hubiere lugar y cuotas de administración. Se ordene a COLPENSIONES a realizar todos y cada uno de los trámites pertinentes para el retorno del demandante haciendo convalidación con los dineros que reciba por parte de la AFP PORVENIR. Condenó a las demandadas al pago de perjuicios morales ocasionados por el demandante, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 3 de agosto de 1958; que actualmente cuenta con 60 años de edad; que el 1° de abril de 1994

cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 36 años; que el 1° de noviembre del 2018 sin que mediara autorización alguna o consentimiento informado fue trasladado a la AFP PORVENIR; que dicho traslado se efectuó sin el deber de información clara, suficiente y oportuna; que debido a la falta de información se tornó ilícito el acto de vinculación.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 65), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente declarar la nulidad del traslado, toda vez que de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el actor se afilió al RAIS de manera voluntaria, consiente y sin presiones conforme al formulario de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 66 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 118 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de septiembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS; condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, sin hacer ningún descuento por concepto de gastos de administración.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se aportó prueba de haberse brindado la información necesaria al demandante. Que no bastaba con la firma del formulario.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que no se debe decretar la ineficacia del traslado, pues se hizo de manera voluntaria y sin presiones cumpliendo con los requisitos contenidos en la Ley. Que el asesor si le brindó la información suficiente. Que se debe revisar si se cumplieron los requisitos que estaban vigentes al momento del traslado. Frente a los gastos de administración señala que se encuentran estipulados en la Ley y se descuentan en ambos regímenes. Que no se le debe condenar al pago de costas procesales. Que no puede devolver las sumas de los seguros. Que con la decisión del Juez devolver los gastos de administración se está afectando la sostenibilidad del sistema. Que la

Superintendencia Financiera dice que no deben devolverse los gastos de administración.

**6.2. Apelación COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante esta dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003; que no es beneficiario del régimen de transición y que no cumple con los requisitos de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Que no se probó el vicio del consentimiento. Que el demandante manifestó que el había validado la información contenida en el formulario de afiliación. Que se debe ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados. Que no se le debe condenar en costas del proceso porque dicha entidad no participó en el acto que se declara nulo.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos Colpensiones.** Indica que resulta desproporcionado colocarle toda la carga probatoria a la AFP PRIVADA. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003, por lo que no puede autorizarse su traslado.

**7.2. Alegatos AFP PORVENIR.** Indicó que el traslado efectuado por el demandante al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Señaló que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar al demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables. Dijo además que el demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM y no lo hizo.

Y que no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en

consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró el Juez, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Helber Alfonso Tovar González cotizó al ISS desde 10 de febrero de 1979 al 30 de septiembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 79) y que posteriormente, el 3 de septiembre de 1998, firmó formulario de afiliación a la AFP Porvenir (folio 185).

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo

que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Helber Alfonso Tovar González**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea

procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria le asiste razón a Colpensiones al solicitar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes del demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no

haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

### **Prohibición de traslado de régimen pensional**

Finalmente, es necesario precisarle a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si el demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010 o tener en cuenta el D. 3995 del 2008 como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado. Siendo además claro que los conceptos de la Superintendencia financiera no son vinculantes y se reitera que esta Sala acoge en su integridad los lineamientos expuestos por nuestra CSJ.

### **Costas**

En cuanto a la solicitud de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES respecto a que se les exonere del pago de costas, debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP la condena en costas procede frente a la parte vencida en el proceso, máxime cuando dichas entidades se opusieron a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 14 de septiembre del 2020 por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR** que trasladen a COLPENSIONES las sumas descontadas al señor **HELBER ALFONSO TOVAR GONZÁLEZ** por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo afiliado a dicha entidad, los cuales deberán devolver de su propio patrimonio y pagarlos de manera indexada.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

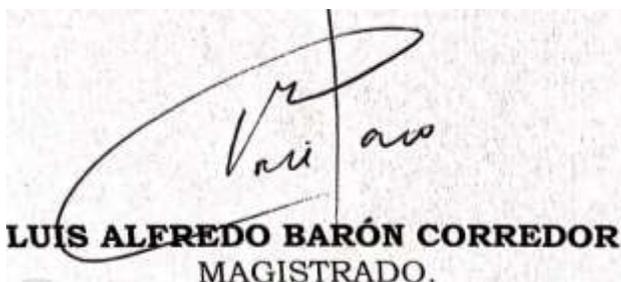
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JOSÉ URIEL SERNA CORREA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-30-2018-00130-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** José Uriel Serna Correa instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada a pagar el incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudas y las costas del proceso. (fol. 12 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que mediante la Resolución N° 008197 del 2007 se le reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de agosto del 2007; que contrajo matrimonio con la señora Martha Cecilia Correa de Serna el 19 de diciembre de 1970 y que han convivido por más de 45 años compartiendo cama, techo y lecho; que su cónyuge es beneficiaria de sus servicios de salud; que no disfruta ninguna pensión y depende económicamente del demandante; que solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de los incrementos aquí deprecados, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 21), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no acreditó en debida forma los requisitos de vínculo matrimonial y/o marital vigente, ni dependencia económica, ni disfrute de la pensión. Indica además que los incrementos deprecados perdieron vigencia desapareciendo de la vida jurídica con la entrada a regir de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago y buena fe. (fol. 23 y s.s.)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de agosto del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 54 y s.s.)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la corte constitucional y por tanto el actor no tiene derecho al reconocimiento del incremento deprecado pues su pensión fue reconocida en virtud del régimen de transición y para el momento en que le fue reconocida los incrementos se encontraban derogados.

**5. Impugnación y límites del a quem.** Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación argumentando que no se puede aplicar la sentencia de unificación porque fue posterior a la radicación de la presente demanda. Que la Ley laboral no puede ser restrictiva. Que se le está violando el debido proceso, pues cuando se radicó la demanda estaba vigente la anterior postura de la Corte Constitucional y la de la CSJ. Que se están desconociendo los principios de igualdad y favorabilidad. Que las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento, ni erga omnes. Que la Corte Constitucional se equivocó en la sentencia de unificación. Que hay despachos que han decidido aparte de esas sentencias. Que se debió aplicar un test de proporcionalidad. Que no se puede decir que los pensionados de Ley 100 de 1993 y los de transición tienen un tratamiento diferente.

## **6. Alegatos Decreto 806 del 2020**

**6.1. Alegatos Demandante.** Indica que esta Corporación debe apartarse de la sentencia SU 140 DE 2019, la cual dejó sin vigencia y derogó los artículos 21 y 22 del decreto 758 de 1990, pues con ello no se está prevaricando, ni mucho menos incurriendo en falta disciplinaria alguna. Señala que una sentencia de unificación constituiría precedente jurisprudencial y obviamente parámetro de unificación de interpretación normativa PERO sujeta sobre la causa del mismo precedente de la corte constitucional y que cuando se está en discrepancia normativa hay posibilidad de apartarse del expediente. Que la sentencia no es erga omnes y que es una sentencia de unificación con CUATRO SALVAMENTOS DE VOTO,

**6.2. Alegatos Colpensiones.** Manifiesta que se debe tener en cuenta que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que " Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a

prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario, y sí los mismos se encuentran prescritos?

#### **Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

### **Respeto de la doctrina constitucional**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor José Uriel Serna Correa, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 008197 del 11 de diciembre del 2007 a partir del día 1º de agosto del 2007 (fl. 2), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de agosto del 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

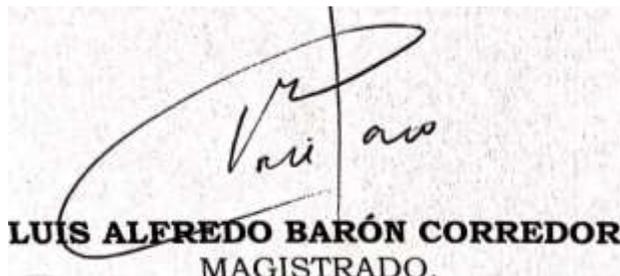
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva Voto*



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JOSÉ LIBARDO SANTANA SIERRA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-35-2019-00115-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1.Demanda.** José Libardo Santana Sierra instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente y objetiva y que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, pues la falta de información vicio el consentimiento. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar a Colpensiones los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere; condenar a Colpensiones a recibir las sumas que le sean trasladadas, a recibir al demandante en el RPMPD, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de febrero de 1956; que inició sus aportes a pensión en el RPMPD desde el 16 de noviembre de 1976; que se trasladó a la AFP PORVENIR el 8 de abril de 2002; que cotizó 716.86 semanas al RPMPD; que los asesores comerciales le informaron que el ISS PENSIONES entraría

en proceso de liquidación; que la AFP PORVENIR omitió brindar información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 76), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda señalando que no se opone ni se allana a que se declare que la AFP privada no le brindó la información necesaria al momento del traslado. Que se opone a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, pues dicha afiliación cuenta con validez, que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir los formularios de afiliación, que se presenta un negocio jurídico en el cual se originan obligaciones recíprocas, estando en cabeza del accionante informarse de las consecuencias de traslado, razón por la que se está en presencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de interés moratorios e indexación; compensación y la innominada o genérica. (fol. 82 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Teniendo en cuenta que la AFP PORVENIR no contestó la demanda, el fallador de primera instancia, mediante auto del 12 de noviembre del 2019 la tuvo por no contestada. (fol. 135 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de mayo del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales incluye los rendimientos y gastos de administración a partir de la fecha de la notificación de la sentencia. Ordenar a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se aportó prueba de haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no bastaba con la firma del formulario.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que se aportó el formulario suscrito por el actor el cual fue firmado una vez se le brindó la información necesaria por parte de los asesores del fondo. Que si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado natural como si el demandante nunca se hubiese trasladado, entonces se debe devolver todo el ahorro con los rendimientos, pero no se puede ordenar la devolución de los gastos de administración como quiera que es un descuento que no se hizo por capricho de la administradora, sino que es por Ley. Que, si la AFP debe devolver las sumas de dinero descontadas por gastos de administración, entonces el afiliado debe devolver los rendimientos causados. Solicita no se le imponga condena en costas.

**6.2. Apelación COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que no se tuvo en cuenta que alegar la ignorancia de la Ley no es un error de derecho. Que se debe demostrar el vicio del consentimiento. Que tienen obligaciones recíprocas, que, así como exige derechos debía haber buscado asesoría. Que no es procedente que diga que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues el actor dijo que él había buscado asesoría con posterioridad al traslado. Que no se le puede endilgar la carga probatoria a los fondos.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos demandante.** Solicita se confirme el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, la A.F.P PORVENIR, no logró acreditar que en efecto hubiese cumplido con su deber profesional y legal de brindar una adecuada asesoría al demandante. Dice que la H.CSJ-SL, ha ido desarrollado una línea jurisprudencial frente a los temas de ineficacia del traslado y entre otras cosas han señalado que este deber (el de brindar información), existe desde la creación de los fondos privados y que por tanto su deber es de obligado cumplimiento, luego entonces, son los fondos de pensiones las llamadas a probar el cumplimiento de esta situación.

**7.2. Alegatos Colpensiones.** Señala que no es ajena la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela, sin embargo se aleja de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados. Indica que los supuestos facticos de aquellas sentencias a los de ahora distan bastante, por lo cual ruega se tenga en cuenta que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para trasladarse de régimen y no acreditó ningún vicio del consentimiento.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

## **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación y así lo declaró el fallador de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor José Libardo Santana Sierra cotizó al ISS desde 16 de noviembre de 1976 al 31 de marzo del 2002, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 27) y que se trasladó a la AFP PORVENIR desde el día 8 de abril del 2002, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 20)

## **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora

de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **José Libardo Santana Sierra**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún

a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo y que no era obligación del demandante buscar información o asesoría, sino de la AFP brindarla al momento del traslado. Lo que se revisa en estos casos es si la AFP brindó o no la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a esta fecha.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

## Costas

En cuanto a la solicitud de la AFP PORVENIR respecto a que se le exonere del pago de costas, debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP la condena en costas procede frente a la parte vencida en el proceso, que en este caso fue dicha entidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de mayo del 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

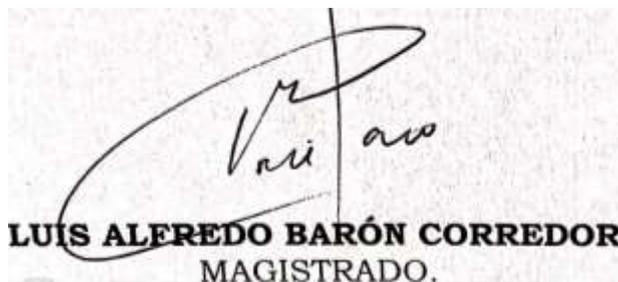
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ROSALBA JAIMES MORA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP COLFONDOS  
**RADICACIÓN:** 1100131050-08-2019-00540-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, SE procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Rosalba Jaimes Mora instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS, con el fin que se declare la nulidad del traslado que realizó la demandante el 1° de diciembre de 1995 a la AFP PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a la AFP COLFONDOS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP COLFONDOS que trasladen la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales. Se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen y a recibir sin solución de continuidad a la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 3 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 14 de septiembre de 1960; que se afilió al ISS el 4 de agosto de 1982 cotizando al RPMPD un total de 86.43 semanas; que el 1° de diciembre de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS; que la aparente decisión libre y voluntaria al trasladarse al RAIS no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de las AFP privadas; que desde su afiliación al RAIS logró cotizar 782 semanas; que en total al 30 de junio del 2018 llevaba cotizadas un total de 869 semanas; que

la AFP PROTECCIÓN no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse al RPMPD cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fl. 90), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A..** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que conforme al formulario de vinculación que suscribió la demandante dicho acto se realizó de forma libre y espontánea. Que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (fol. 104 y s.s.)

**4. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP privada sea nulo o ineficaz toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo provado suministro la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 130 y s.s.)

**5. Contestación de la AFP COLFONDOS.** Presentó memorial en el que indicó que no se oponía a las pretensiones y por tanto, solicita no ser condenada en costas. (fol. 146)

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS acaecido el 1º de noviembre de 1995; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen; condenó a la AFP COLFONDOS a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses; condenó a Colpensiones aceptar todos los valores que le devuelva la AFP COLFONDOS que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a efectuar los ajustes en la historia laboral de la demandante. (fl. 153 y s.s.)

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado por lo que debe declararse la ineficacia del mismo. Que no es suficiente con allegar el formulario de afiliación al RAIS. Que conforme lo ha indicado la CSJ la devolución debe hacerse de todas las sumas recibidas, de los rendimientos y sin hacer ningún descuento por los gastos de administración. Que es imprescriptible.

**7. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, señalando que no está de acuerdo con que no se haya probado que a la demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues los fondos no contaban sino con el formulario de afiliación para probar que se brindó dicha información. Indica que para la época del traslado no se documentaba la información, por lo que considera que es suficiente con aportar el formulario de afiliación. Que no puede declararse nulo o ineficaz el traslado simplemente por no haberse brindado la información sino que debe estudiarse si se ocasionó algún perjuicio como lo es la pérdida del régimen de transición o la pérdida de un derecho pensional consolidado.

## **8. Alegatos Decreto 806 del 2020**

**8.1. Alegatos Colpensiones.** Indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP COLFONDOS S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Aunado a que no probó la existencia de un vicio del consentimiento.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?;

- (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?  
 (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Rosalba Jaimes Mora cotizó al ISS desde el 4 de agosto de 1982 al 30 de marzo de 1984, conforme se registra en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 12) y que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN desde el día 1º de diciembre de 1995 conforme lo certifica Colpensiones (fl. 14), se evidencia de la Historia laboral expedida por la AFP PROTECCIÓN (fl. 115 y s.s.) y en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCION (fl. 150) y que posteriormente, el 24 de octubre del 2007 se trasladó a la AFP COLFONDOS conforme aparece en el oficio de Colfondos dirigido a la demandante (fl. 19) y en la historia laboral expedida por la AFP COLFONDOS (fl. 22 y s.s.)

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Rosalba Jaimes Mora**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o

ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

## **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

## **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

## **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

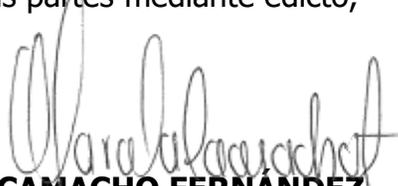
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de septiembre del 2020 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

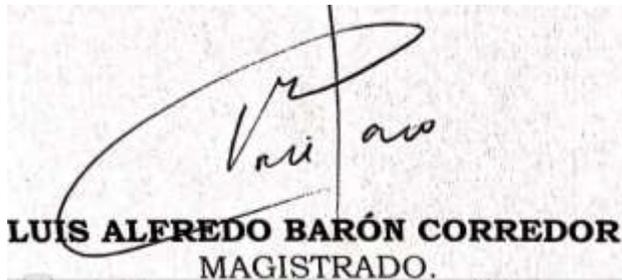
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ALEXANDRA GUAQUETA AGUDELO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-30-2019-00397-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", SE procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Alexandra Guaqueta Agudelo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR, con el fin que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS en enero de 1995, por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROVENIR a retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos a Colpensiones. Ordenar a Colpensiones recibir en el RPMPD a la demandante. Finalmente, solicitó condenar a las demandadas a pagar lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 55 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 2 de febrero de 1969; que cotizó al ISS hoy Colpensiones del 1° de julio de 1994 al 31 de diciembre de 1994; que para el 31 de diciembre de 1994 tenía acumuladas 26.29 semanas; que para abril del año 1996 fue nombrada en carrera administrativa para el ICA; que los asesores de la AFP COLPATRIA la ilustraron sobre los beneficios de cotizar en un fondo privado comparado con el seguro social; que le indicaron que en el RAIS recibiría una mesada pensional superior; que no le informaron sobre las

consecuencias de su traslado, ni le realizaron una proyección pensional; que en el año 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR; que cuenta con una total de 1202 semanas cotizadas; que solicitó su retorno al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fl. 78), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito con la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes para determinar que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el respectivo asesor del fondo le brindó la información necesaria al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 85 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen se realizó bajo las estipulaciones vigentes establecidas para la época; que la parte demandante no prueba la omisión o engaño y que se observa que lo que intenta hacer es trasladar la responsabilidad de sus decisiones a los fondos privados. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la genérica. (fol. 110 y s.s.)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró nulo e ineficaz el traslado de régimenal RAIS. Declaró válidamente vinculada a la demandante a COLPENSIONES. Condenó a la AFP PROVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS los cuales deben ser cubiertos de sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante actualice su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (fl. 168 y s.s.)

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado por lo que debe declararse la nulidad o ineficacia del mismo. Que no es suficiente con allegar el formulario de afiliación al RAIS. Que conforme lo ha indicado la CSJ la devolución debe hacerse de todas las sumas recibidas, de los rendimientos y sin hacer ningún descuento por los gastos de administración. Que es imprescriptible.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación, señalando que no existió dolo. Que no es lo mismo la nulidad que la ineficacia del traslado. Que la demandante esta dentro de la prohibición establecida en el art. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Que no entiende cuál es la interpretación que se está haciendo del art. 1746 del C.C.

el cual es claro en establecer que la nulidad declarada en sentencia que hace tránsito a cosa juzgada da a las partes, no únicamente a la parte vencida en juicio el derecho para ser restituidos en el mismo estado en que se hayan sino hubiera existido el acto, siendo cada uno responsable de la pérdida de la especie o deterioro. Por tanto, si la AFP debe devolver los gastos de administración la demandante debe restituir los rendimientos financieros. Finalmente, indica que sobre los gastos de administración si opera el fenómeno prescriptivo.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos demandante.** Indica que en el caso que nos ocupa, la señora **ALEXANDRA GUAQUETA AGUDELO**, realizó la afiliación en el mes de enero de 1995 a la **AFP PORVENIR**, mediante engaños; que los asesores del fondo de pensiones Porvenir la convencieron decambiarse de régimen. Señala que debe tenerse en cuenta que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la demandante haya recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la corte en la **sentencia 4462 de 2019**, siendo ellos quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional, en los términos establecidos por la corte suprema de justicia.

**7.2. Alegatos Colpensiones.** Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y que no se logró observar VICIO DEL CONSENTIMIENTO

**7.3. Alegatos AFP PORVENIR.** Afirma que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Manifiesta que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil,

sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato. Y finalmente, dice que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable al no haber apelado. (Artt. 69 CPT y de la SS)

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación y que el juez señaló que declaraba la nulidad y/o ineficacia como si se tratara de lo mismo, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Alexandra Guaqueta Agudelo cotizó al ISS desde el 1º de julio de 1994 al 31 de diciembre de 1994, conforme se registra en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 15) y que se trasladó a la

AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR desde el día 14 de diciembre de 1994 conforme aparece en el formulario de afiliación (fl. 119), y que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de octubre del 2000, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha AFP (fl. 53 y s.s.)

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Alexandra Guaqueta Agudelo**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

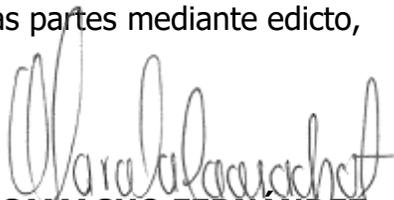
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de agosto del 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

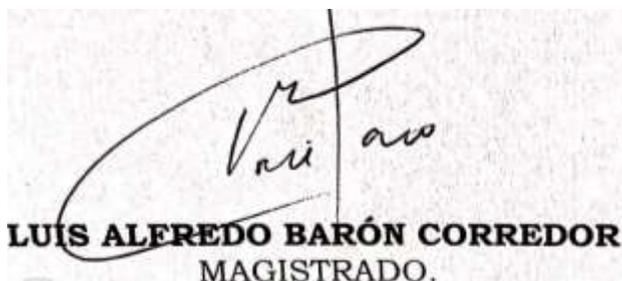
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** IRMA CONSTANZA RIVEROS RODRIGUEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP OLD MUTUAL  
**RADICACIÓN:** 1100131050-07-2018-527-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES -AFP PORVENIR-AFP OLD MUTUAL  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1.Demanda.** Irma Constanza Riveros Rodríguez instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL con el fin que declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con la demandante. Como consecuencia, se declare la nulidad o invalidez del traslado al RAIS; se declare que para efectos pensionales continúa afiliada la demandante en el RPMPD; se ordene a la OLD MUTUAL trasladar a Colpensiones los aportes, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de agosto de 1961 y actualmente cuenta con 56 años de edad; que estuvo afiliada al RPMPD desde el 30 de enero de 1991 hasta diciembre de 1994; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 19 de abril de 1996, siendo efectiva el 5 de mayo de 1996; que la AFP Porvenir omitió brindar información completa y clara sobre los efectos y las

consecuencia de su traslado de régimen pensional; que solicitó ante la AFP Porvenir S.A la nulidad o invalidez de la afiliación al RAIS, lo cual fue negado; que solicitó el traslado de régimen ante AFP Old Mutual S.A. y Colpensiones sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 89-90), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguno que efectivamente se le hubiese incurrido en error por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Igualmente, que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fol. 111 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP Old Mutual.** Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentado que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, que no se allega prueba siquiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan el vicio del consentimiento en su afiliación al RAIS y que no fue a través de ella que se realizó el traslado al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (fol. 144 y s.s.).

**5. Contestación de la AFP Porvenir.** Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que se opone a que se declare la nulidad del traslado efectuado ante Porvenir S.A. en la medida que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante no se hizo en contra de una prohibición legal, al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fol. 207 y s.s.).

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales incluye los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD y los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que no era necesario ser

beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima o un derecho adquirido. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

**7. Impugnación de COLPENSIONES.** Inconforme con la anterior decisión, impugnó la decisión señalando que no obra prueba que acredite los vicios del consentimiento dentro del expediente, que se constituyó un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal, que la nulidad no se alegó en el plazo señalado en el artículo 1150 del Código Civil. Que la demandante saneó la nulidad por la ratificación tacita que autoriza el artículo 1754 del Código Civil al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato. Que se está descapitalizando el Sistema General de Pensiones.

**8. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A.** Interpuso recurso de apelación manifestando que no se deben devolver los gastos de administración, toda vez que no están destinados a aumentar una mesada pensional, por el contrario, son directamente gastos operativos con la finalidad de aumentar los rendimientos financieros. Que su devolución constituye un enriquecimiento sin causa para Colpensiones. Que no son imprescriptibles.

**9. Impugnación de la AFP OLD MUTUAL S.A.** Impugnó la decisión argumentando que la demandante no tiene derecho a la devolución de los gastos de administración, los cuales se generaron como resultado de la actividad profesional de las Administradoras de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual. Que la demandante nunca ejerció el derecho de retracto a pesar de que transcurrieron más de 13 años desde la afiliación a Porvenir hasta que cumplió los 47 años. Que se encuentra inmersa en la prohibición de regreso al RPM. Que realizó traslados entre dos administradores del mismo régimen en búsqueda de mejores rendimientos para mejorar su mesada pensional lo que denota que conocía las condiciones del RAIS y acredita su ánimo de permanencia. Que si lo que se declara es la ineficacia debe entenderse que el acto jurídico no produjo efectos para ninguna de las partes, por lo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración. Que para el año 1996 no se exigía haber brindado información, por lo que la AFP PORVENIR no estaba obligado a hacerlo; que la asesoría fue verbal por lo que no existe documentación al respecto. Que la demandante dice en el interrogatorio de parte que sabía que tenía una cuenta de ahorro individual y que esos ahorros generaban rendimientos y eran heredables, por lo que tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS. Que realizó traslado entre administradoras del RAIS lo que denota que conocía las condiciones del RAIS.

## **9. Alegatos Decreto 806 del 2020**

**9.1. Alegatos demandante.** Solicita se confirme el fallo proferido en primera instancia teniendo en cuenta que la AFP privada no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

**9.2. Alegatos AFP PORVENIR.** Afirma que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Manifiesta que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece

que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato. Y finalmente, dice que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

**9.3. Alegatos AFP SKANDIA.** Señala que se evidencia que la reclamación de nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional surge por parte de la accionante por razones de carácter económico frente a la expectativa del monto de la prestación pensional. Sobre este punto, no se debe perder de vista que, la insatisfacción sobre el monto de la mesada pensional no es causal de nulidad o ineficacia y que no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen, en la medida que, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se encuentra conformado legalmente por dos regímenes diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructuras, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos.

Afirma que los gastos de administración a los que tiene derecho una administradora encuentran su origen en la Ley, debido a que la Ley 100 que fue la que creó las AFP las creó con un objeto lícito, causa lícita y con la exigencia del cumplimiento una serie de deberes en beneficio del afiliado, uno de los cuales es la correcta administración de su patrimonio, e inversiones, para que este genere un rendimiento que es el que le va a beneficiar al momento de pensionarse, de manera tal que esa actividad profesional lícita, es la que es compensada por la ley, dándole a la AFP a cambio de ese esfuerzo el derecho a cobrar esos gastos de administración, o que pueda recaudar o recobrar en parte, aquello que gastó en la administración de ese patrimonio, y esto no requiere mayor explicación, pues se sabe que estas AFP son Sociedades anónimas con ánimo de lucro. En todo caso, si se considera que la figura aplicable es la ineficacia, no se debe olvidar que al amparo de esta situación se entiende que el acto jurídico no produjo efectos para ninguna de las partes, razón por la cual resultaría incompatible declarar la ineficacia del acto del traslado y a su vez ordenar la devolución de los rendimientos financieros, pues si el acto no produjo sus efectos, es como si no se hubiese desarrollado la labor profesional de las AFP, y de tal forma no se le hubieran generado rendimientos financieros al demandado.

**9.4. Alegatos Colpensiones.** Señala que no es ajena la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela, sin embargo, se aleja de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos

5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados. Indica que los supuestos facticos de aquellas sentencias a los de ahora distan bastante, por lo cual ruega se tenga en cuenta que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para trasladarse de régimen y no acreditó ningún vicio del consentimiento.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR, la AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Se sana la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Irma Constanza Riveros Rodríguez cotizó a al ISS desde el 30 de enero de 1991 hasta el 31 mayo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 31) y que el 19

de abril de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 32); que posteriormente se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 9 de junio del 2009 (fol. 33) y finalmente, el 13 de junio de 2012 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fol. 34)

### **Deber de información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Irma Constanza Riveros Rodríguez** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien es cierto como lo dice la apoderada de la AFP OLD MUTUAL la demandante manifestó al absolver su interrogatorio de parte que conocía que en el RAIS tenía una cuenta de ahorro individual, que generaba rendimientos y que era heredable, esto no es suficiente para tener por sentado que la AFP PORVENIR le haya brindado la información necesaria en los términos indicados por la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que

se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de la AFP OLD MUTAL en el que señala que no puede aceptarse el traslado porque la demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse y le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que ni el hecho de que la demandante dentro del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni el transcurso del tiempo, tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de**

**administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO. ADICIONAR** la sentencia proferida el 11 de agosto del 2020 por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR** que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la señora IRMA CONSTANZA RIVEROS

RODRÍGUEZ por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, los cuales deberá devolver de su propio patrimonio.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO. SIN COSTAS** en esta instancia.

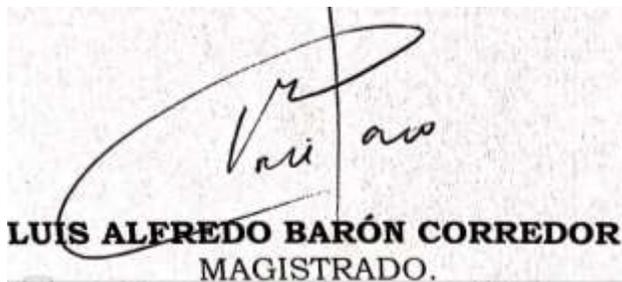
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** YOLANDA STELLA APONTE BACCA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 05-2019-00446-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Yolanda Stella Aponte Bacca instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS efectuada a la AFP Porvenir S.A, por la indebida o nula afiliación que se le brindó al momento del traslado. Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad y a corregir y actualizar la historia laboral de la demandante. Finalmente, pide que se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 3 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 25 de junio de 1960; que se afilió al RPM el día 8 de octubre de 1990 cotizando un total de 329 semanas con el ISS y Cajanal; que el 14 de febrero de 1997 estando vinculada para el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP Porvenir S.A.; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 93-94); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no se encuentra probado los respectivos vicios del consentimiento como lo son error, fuerza o dolo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fol. 107 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y no acredita la existencia de un vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fol. 168 y s.s.).

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a proceder con la afiliación, a recibir los aportes y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Impugnación de COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que no se evidencian vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo. Que se configura un error de derecho y no de hecho, toda vez que la demandante tuvo la posibilidad de informarse sobre el régimen en el cual estaba perteneciendo. Que el negocio jurídico celebrado por la demandante y la AFP Porvenir produce efectos inter partes y por ende no se le puede indilgar responsabilidad alguna a Colpensiones. Que lo que se observa es una negligencia por parte de la demandante. Que al declarar la nulidad del traslado se afecta la sostenibilidad financiera del RPMPD.

**6.2. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A.** Inconforme con la anterior decisión, impugnó la decisión señalando que la parte demandante no solicitó asesorías, ni información respecto de su vinculación. Que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa conforme 9 del C.C. Que para el momento de la afiliación solo se requería la firma del formulario como manifestación y consentimiento del afiliado. Que nace la obligación de entregar cuadros comparativos, proyecciones pensionales, el buen consejo, la doble asesoría entre otros, con posterioridad a la afiliación de la actora. Que la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al RPMPD y no lo hizo. Que si se le suministró la información necesaria al momento del traslado.

## **7. Alegatos Decreto 806 del 2020.**

**7.1. Alegatos demandante.** Indica que está claro que la codemandada **PORVENIR S.A.** no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el **14 de Febrero de 1997** por la demandante estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los Artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertó el fallador de primera instancia en dar aplicación al precedente jurisprudencial construido de manera pacífica, unificada y reiterada por la honorable Corte Suprema de Justicia.

**7.2. Alegatos AFP PORVENIR.** Señala que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Que la asesoría requerida no debía llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad.

En lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales dijo que no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esa misma razón, resulta inviable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumplirían ningún objetivo en el Régimen de Prima Media, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional señala que resulta improcedente de conformidad con lo conceptualizado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

**7.3. Alegatos Colpensiones.** Indica que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que la Sra. YOLANDA STELLA APONTE BACCA, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que así mismo se evidencia de las pruebas allegadas y del interrogatorio de rendido por la demandante, se entiende que la misma fue quien por voluntad propia decidió trasladarse de régimen pensional cuando suscribió y firmó formulario de afiliación, de igual forma lo ratifica cuando ha permanecido dentro del régimen de ahorro individual por más de 15 años, subsanando cualquier error dentro de la afiliación.

}

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de

información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS y así lo declaró el fallador de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Yolanda Stella Aponte Bacca cotizó a CAJANAL desde el 15 de septiembre de 1993 al 28 de febrero de 1997, conforme aparece en el certificado de información laboral para bonos pensionales (fol. 36) y que a partir del 15 de febrero de 1997 se hizo efectivo su traslado a la AFP PORVENIR conforme lo certificó dicha entidad. (folio 185)

### **Deber de información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Yolanda Stella Aponte Bacca** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que

se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Se debe resaltar que, aunque la demandante no solicitó asesoría ni información a la AFP Porvenir, como lo indica Colpensiones y la AFP Porvenir en sus apelaciones, lo cierto es que, ello no era obligación de la demandante; la AFP debió haber brindado la información para el momento del traslado de régimen, pues solo de esta manera se podría entender que la afiliada tuvo la posibilidad de tomar una decisión libre y voluntaria.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Respecto del problema jurídico que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que, en este caso particular, la demandante antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS nace la necesidad de trasladar por parte de la AFP PORVENIR S.A. los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 19 de agosto del 2020, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional que efectuó la señora YOLANDA STELLA APONTE BACCA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. -ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Yolanda Stella Aponte Bacca de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

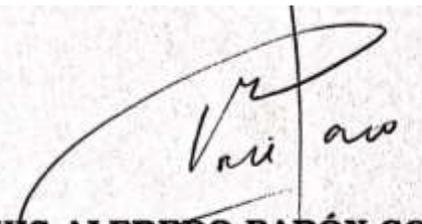
**TERCERO. -CONFIRMAR** en todo lo demás.

**CUARTO. - SIN COSTAS** en esta instancia

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARIA PAULINA DEL SOCORRO LENGUA HERNÁNDEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN-AFP OLD MUTUAL  
**RADICACIÓN:** 1100131050-28-2018-00562-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

#### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZÓN como apoderada de la AFP Protección, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

#### **SENTENCIA**

##### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** MARIA PAULINA DEL SOCORRO SIERRA HERNÁNDEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE la ineficacia de su traslado al RAIS realizado a través de la AFP Protección, por el incumplimiento del deber legal de información, así como que debe estar afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se condene a la AFP Protección al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones, y a esta última entidad a recibirlos y registrarla como su afiliada, sin solución de continuidad desde el 24 de septiembre de 1986; se condene a las costas del proceso.

(fols. 6 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al entonces ISS el 24 de septiembre de 1986, entidad a la cual aportó un total de 253,57 semanas; que en el mes de agosto de 1994 se afilió a la AFP Protección, sociedad a la cual se encuentra vinculada actualmente; que el asesor de la AFP en mención no le informó

que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones, ni le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS, como tampoco le entregó una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su pensión, teniendo en cuenta el bono pensional; que a la fecha de su traslado únicamente le indicaron que no se pensionaría, dado que el ISS iba a liquidarse, además, que en el RAIS podía adquirir la prestación de vejez a cualquier edad, sin manifestarle la afectación que aquello tendría sobre el monto de la mesada y el valor del bono pensional; que actualmente cuenta con 1.449,28 semanas de cotización; que el 6 de julio de 2018, radicó formulario de afiliación a Colpensiones, entidad que se negó a dicho trámite, aduciendo que se encuentra a 10 años o menos del requisito para pensionarse; que solicitó a la AFP Protección la invalidación de su afiliación.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de la demanda se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que, la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. Agregó que, de acuerdo a la validez del traslado efectuado, la parte actora no podrá retornar al RPMPD, por ausencia clara de los requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, conforme a lo establecido en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013. Finalmente, dijo que la afiliación al RAIS, no involucra ninguna causal de nulidad. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fols. 94 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP OLD Mutual.** Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de su afiliación respecto de la AFP, y en la demanda tampoco se establece cuál es la naturaleza de la misma. Dijo que la única causal posible de la nulidad alegada, sería los vicios del consentimiento, que no se verifican en el contrato celebrado con la actora, amén que cuando esta se trasladó a Skandia el 1º de agosto de 2004, provino de la AFP ING hoy Protección, siendo ello un acto voluntario de la ciudadana con el respectivo fondo, que se materializó con la suscripción del respectivo formulario. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de causales de nulidad, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fols. 112 y s.s.).

**5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento. Adujo que el formulario de vinculación lo suscribió la actora en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un

verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dijo que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetándose el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (fols. 158 y s.s.).

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2020 en la que la falladora declaró la nulidad del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 1º de agosto de 1994, por intermedio de Protección S.A., asimismo, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones ; condenó a la AFP Protección, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y les condenó en costas. (CD fol. 231).

La decisión de la Juez se basó en que a la AFP Protección la corresponde la carga de probar en qué circunstancia se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le planteó el traslado de régimen, si se le suministró una información veraz y oportuna, sobre las implicaciones del mismo y la verdadera situación que tenía en los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviera debidamente informado, y así tomar la decisión que mejor le conviniera, tal y como lo ha establecido la CSJ.

Agregó que en el plenario no se encuentra demostrado el cumplimiento de ese deber de información por parte de Protección, lo cual no puede tenerse acreditado con el formulario de afiliación suscrito por la accionante, porque del mismo no se infiere que se le haya proporcionado la asesoría que se requiere, dado que da cuenta de un consentimiento, pero no informado.

## **7. Impugnación y límites del ad quem.**

**7.1. Recurso de apelación AFP Protección.** Formuló recurso de apelación indicando que no es procedente la condena que se impone por los gastos de administración, dado que se está generado un enriquecimiento sin causa a Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la afiliada, máxime que ya se le están trasladando los rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de la AFP, por manera que esta tiene derecho a conservar la comisión, como restitución mutua.

Añadió que la prima previsional ya fue girada a la aseguradora, con el de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, lo cual tuvo lugar mes a mes, durante el tiempo de afiliación de la demandante, por lo que se encuentra imposibilitada para retornar dicha suma, amén que la aseguradora es un tercero de buena fe.

Finalmente, dijo que sobre los conceptos referenciados opera el fenómeno de la prescripción, dado que se fueron descontando de manera periódica y no financian la pensión de vejez.

**7.2. Recurso de apelación Colpensiones.** Dijo que la convocante nunca manifestó su inconformidad frente a su afiliación a la AFP, pues a la fecha presenta un número considerable de años vinculada a ella, que no denotan las alegadas falencias de engaño o falta de información y que sean contrarias al perfeccionamiento del acto en los términos del artículo 898 del C. de Co.

Dijo que no puede tenerse en cuenta que, estando la demandante próxima a causar su pensión de vejez, le asiste el derecho a que se declare que sufrió un engaño, o una falta de información, máxime cuando tuvo el tiempo suficiente para hacer claridad sobre el tema, siendo evidente su descuido e indiferencia frente a su situación pensional.

Indicó que conforme a la sentencia SL413-2018, en la que se referencia el artículo 898 del C. de Co. y el Decreto 2241 de 2010, artículo 4º numeral 5º, se entiende el silencio y descuido e indiferencia de la convocante, como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y consecuencias que ello conlleve.

Finalmente, adujo que se deben revocar las costas del proceso, porque la condena que le fue impuesta se circunscribe a una obligación de hacer.

**8. Alegatos demandante.** Indicó que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora PROTECCIÓN S.A. le brindó una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado en el mes de agosto de 1994. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

**9. Alegatos Colpensiones.** Dijo que obran dentro del presente proceso medios de prueba suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**10. Alegatos AFP Protección.** Sostuvo que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo

descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la AFP tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y la AFP Protección se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (v) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia a imponer costas en contra de Colpensiones?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien el Juzgado declaró la nulidad por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora MARIA PAULINA DEL SOCORRO LENGUA HERNÁNDEZ, cotizó al ISS entre el 9 de septiembre de 1986 y el 19 de diciembre de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo (CD. fol. 145); que el 1º de agosto de 1994 firmó el

formulario de afiliación a la AFP Davivir <sup>(fol.168)</sup>; el 1º de agosto de 2004, se afilió a la AFP SKANDIA hoy Old Mutual <sup>(fol. 137)</sup>, y finalmente, el 29 de mayo de 2007 se vinculó a la AFP Protección <sup>(fol. 169)</sup>, sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

### **Deber de información**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Davivir hoy Protección S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la **MARÍA PAULINA DEL SOCORRO LENGUA**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde

la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Davivir hoy Protección, sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

En ese orden, no es posible considerar que el acto de traslado debe producir todos sus efectos, ante la supuesta negligencia y descuido de la demandante sobre su situación pensional que alega Colpensiones, y mucho menos teniendo en cuenta para el efecto, lo definido por la CSJ en la sentencia SL413-2018, como quiera que en dicha decisión no se dilucidó un caso relacionado con la ineficacia del traslado por falta de la AFP al deber de información, y tampoco se puede extraer de sus consideraciones, que el supuesto silencio, descuido e indiferencia, pueda interpretarse como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y consecuencias que ello conlleve.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Protección, ni siquiera su planteamiento relacionado con la excepción de prescripción, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; además, porque los efectos

de la ineficacia del traslado, conllevan a entender como si la AFP nunca hubiera recibido esos dineros, lo cual lógicamente hace improcedente dar aplicación al fenómeno de la prescripción.

No obstante, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, pues el Juzgado no impuso condena por ese mismo concepto sobre la AFP OLD Mutual.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

### **Costas contra Colpensiones**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO. – MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A., a devolver los gastos de administración y comisiones que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deberán ser recibidos por COLPENSIONES.

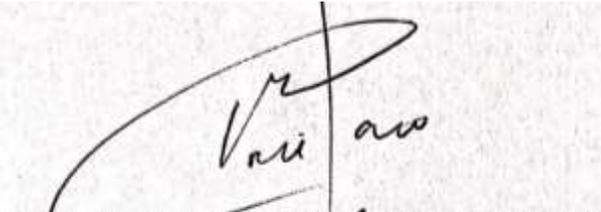
**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
 Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
 Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
 MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MARIELA MARIÑO BAYONA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN-AFP COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-27-2017-00484-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN-AFP COLFONDOS  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP Colfondos, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** MARIELA MARIÑO BAYONA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado al RAIS, por el incumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Protección. Como consecuencia, se le restituya al estado en el que se hallaba antes de la celebración del acto nulo, es decir, se determine que permaneció afiliada sin solución de continuidad al RPMPD; se ordene a las demandadas a realizar los trámites a que haya lugar para activar su afiliación en Colpensiones, y que sea esta entidad quien realice el proceso de validación del traslado de las cotizaciones; ordenar a Colfondos que devuelva todos los aportes netos que cotizó, junto con sus rendimientos, con destino a Colpensiones; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y a las costas del proceso. (fols. 6 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 29 de enero de 1961; que el 15 de enero de 1981 cotizó al ISS; que para el segundo período del 2000, se trasladó al RAIS, a través de la AFP Protección; que el 1° de septiembre de 2011 se trasladó a la AFP Colfondos; que el asesor de la AFP Protección le ofreció llenar la solicitud de vinculación, indicándole que su pensión sería superior a la que le correspondería en el ISS, sin dar explicaciones adicionales a las que contenía el formulario; que no fue debidamente asesorada, ni informada sobre las implicaciones y

consecuencias de trasladarse de régimen pensional; que solicitó a Colfondos y a Protección la nulidad de su traslado, lo cual fue negado por dichas sociedades; que solicitó a Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, y la consecuente afiliación al RPMPD, frente a lo cual la entidad en mención, no emitió pronunciamiento de fondo; que cuenta con más de 1300 semanas de cotización y 57 años.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de las pruebas allegadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Protección, y que su traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por voluntad propia suscribió el respectivo formulario. Agregó que a la actora le faltan menos de 10 años para pensionarse y no acredita 15 años de cotización al 1º de abril de 1994, para retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Dijo que proporcionar herramientas financieras o proyecciones por parte de las AFP a los potenciales afiliados, nació con el Decreto 2071 de 2015. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fols. 98 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP Colfondos.** Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, además, se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Finalmente, dijo que no se evidencia ilicitud en el objeto de la afiliación de la demandante al RAIS, la cual, además, es plenamente eficaz, está respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender los fondos administradores de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fols. 112 y s.s.).

**5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, y ni siquiera establece cuál es la naturaleza de la nulidad que pretende, precisando que no debe ser otra que la relativa, por lo que debió la actora señalar cual de las casuales se configuró en la celebración del contrato de traslado de régimen pensional. Dijo que ni el dolo, ni el error de hecho se configuran en el presente caso y que, en el caso del error de derecho, el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y, por ende, no vicia el consentimiento. Finalmente, dijo que la fuerza, no es una figura que se aplique al presente caso, por cuanto supone que se genere un temor en la persona o una impresión fuerte, que en el caso la demandante ni siquiera se alega. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fols. 213 y s.s.).

**6. Contestación de la AFP PORVENIR en calidad de litis consorcio necesario.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento

expresado por la actora, al momento del surgimiento del acto jurídico, pues por el contrario están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen, realizada por la demandante. Adujo que la información suministrada a la convocante se encuentra acorde con las disposiciones legales y a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia. Dijo que la convocante no ejerció su derecho a retornar al RPMPD, lo cual constituye una ratificación de su permanencia en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 285 y s.s.).

**7. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de agosto del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante a través de Porvenir S.A., y los traslados posteriores efectuados entre administradoras del mismo régimen; condenó a la AFP Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a Colpensiones afiliar nuevamente a la actora al RPMPD y recibir las cotizaciones provenientes de la AFP Colfondos; declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas a la AFP Porvenir, Colfondos y Protección. (CD fol. 309).

La decisión de la Juez se basó en que Porvenir no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen pensional, carga que correspondía a esa entidad y no a la demandante, como lo ha dejado claro la CSJ.

Dijo que la única prueba con la que el fondo demandado pretendió demostrar la debida información otorgada a la accionante, es la suscripción del formulario de afiliación, el cual tiene formas previamente establecidas para todos los casos, sin embargo, no es posible determinar de él cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS.

Agregó que esa carga probatoria, tampoco fue suplida por Protección ni Colfondos, cuando la demandante se trasladó a cada una de esas administradoras, pues tampoco demostraron la debida asesoría dada a esta, en la que se le explicarían las características del RAIS, las diferencias con el RPMPD, ni las ventajas o desventajas de permanecer en el RAIS, información que quizás hubiese sido oportuna para persuadirla de retornar a Colpensiones, ya que todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, dijo que la línea jurisprudencial frente al deber de información, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa del derecho pensional o que tuvieran un derecho adquirido, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con esas condiciones para que proceda la ineficacia del traslado ante la omisión de la AFP a dicha obligación.

## **8. Impugnación y límites del ad quem.**

**8.1. Recurso de apelación AFP Porvenir.** Formuló recurso de apelación indicando que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no debe ser adoptada

como un criterio principal para la motivación de la decisión, sino como un criterio auxiliar, cuando sobre la materia no existe una regulación o un precedente jurisprudencial constitucional.

Añadió que en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el legislador fue claro al establecer la prohibición legal de traslado de régimen pensional cuando a los afiliados les falta 10 años o menos para adquirir la edad de pensión, lo cual fue pensando teniendo en cuenta el interés general y no particular, y al ser analizado por la Corte Constitucional fue declarada exequible la referenciada norma, preservando en esta medida la estabilidad financiera de los regímenes pensionales.

Dijo que de tomarse en cuenta el criterio de la CSJ, debe advertirse que el mismo no tiene aplicación automática, porque la actora no contaba con una condición especial que lleve a considerar que el traslado de régimen iba a ser perjudicial frente a su situación pensional, pues el precedente de la Alta Corporación ha tenido aplicación en personas que han sido beneficiarias del régimen de transición, amén que en sus salvamentos de voto, se ha indicado que cada caso debe ser analizado de manera particular.

En ese orden, sostuvo que no puede adoptarse una carga dinámica de la prueba y menos aun cuando en el caso de la actora, nos encontramos en la primera etapa del deber de información, en la cual la AFP estaba obligada a informar sobre las características del RAIS y la eventual pérdida del régimen de transición, que para el caso de la accionante no tiene aplicación, sumado a que ella en su interrogatorio de parte manifestó que recibió asesoría por parte del asesor de la AFP Horizonte por aproximadamente 30 minutos, lo cual es indicativo de que se cumplió con ese deber, que además, fue plasmado en el formulario de afiliación, como prueba exigida en su momento para acreditar por escrito la voluntad del afiliado.

**8.2. Recurso de apelación Colpensiones.** Dijo que el precedente jurisprudencial de la CSJ, conforme lo ha referido el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, no debe aplicarse de manera objetiva, ya que deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto, teniendo en cuenta de manera especial, los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y el régimen de transición, que no tiene ninguna incidencia en el caso de la demandante.

Dijo además que, conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la afiliada se encuentra en una prohibición expresa de trasladarse de régimen pensional, en tanto le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, precisando que dicha norma tiene como propósito proteger el fondo común que Colpensiones administra y con el cual se pagan las pensiones de los demás afiliados que cumplen con la normatividad vigente, y así no generar un desequilibrio patrimonial, como lo ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y 062 de 2010.

Finalmente, sostuvo que deben considerarse las calidades que tenía la demandante cuando realizó 3 traslados entre administradoras del RAIS, en tanto contaba con una formación académica que le permitía leer y entender los formularios de afiliación.

**8.3. Recurso de apelación Colfondos.** Indicó que a la demandante no le asiste el derecho a trasladarse al RPMPD, porque se encuentra inmersa dentro de la prohibición que establece la ley para el efecto, esto es, le faltan 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

Dijo que la actora se afilió al RAIS de manera voluntaria, haciendo uso de su consentimiento libre de vicios como el error, la fuerza y el dolo, decisión que ratificó con los distintos traslados que efectuó entre administradoras del RAIS.

Indicó que la actora ejerce la profesión de contaduría, por manera que tiene la capacidad, el conocimiento y la forma de informarse, no obstante, no hizo uso de las herramientas a su disposición, ni cumplió con su obligación de asesorarse previo a su afiliación al fondo privado.

**9. Alegatos demandante.** Solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, por cuanto la única prueba que allegaron las demandadas fue el formulario de traslado al RAIS, así como los formularios de los traslados horizontales, los cuales no son suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información, conforme a lo establecido por la CSJ.

**10. Alegatos AFP Colfondos.** Señaló que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ya que no cumple con lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias SU - 062 de 2010 y SU - 130 de 2013, y por tanto, no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de Régimen Pensional en cualquier tiempo. Agregó que no se acredita ninguna causal que sustente la nulidad alegada y que en todo caso, deberá darse aplicación a las reglas del Código Civil y por ende, a los términos de prescripción dispuestos en este.

**11. Alegatos AFP Potección.** Dijo que de las manifestaciones realizadas por la demandante en interrogatorio de parte, se pudo establecer que tuvo una asesoría verbal previa al traslado de régimen pensional, asesoría en la que obtuvo la información suficiente, clara y necesaria, en virtud de dicha información tuvo la confianza suficiente para trasladarse de régimen pensional, por lo que no es de recibo que afirme que no conoce las características del régimen al cual se encuentra afiliada. Agregó que para la fecha del traslado de régimen pensional de la actora la única obligación legal que recaía sobre las AFP era documentar y conservar el formulario de vinculación como prueba de la asesoría verbal brindada, situación que se dio en el presente asunto, pues dicho formulario se allegó al expediente como prueba junto con la contestación de la demanda.

**12. Alegatos AFP Porvenir S.A.** Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agregó que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 20 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, Porvenir y Colfondos, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (vi) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora MARIELA MARIÑO BAYONA, cotizó al ISS entre el 22 de julio de 1981 y el 31 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 110 y s.s.); que el 21 de mayo de 2011, firmó el formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fol. 298); el 30 de noviembre de 2006, firmó formulario de afiliación ante la AFP ING hoy Protección (fol. 224) y finalmente, el 7 de julio de 2011, se afilió a la AFP Colfondos (fol. 193), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

## **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP no en la demandante, contrario a lo manifestado por Porvenir, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues, contrario a lo afirmado por dicha sociedad, no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **MARIELA MARIÑO BAYONA**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo

y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

### **Del formulario de afiliación**

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Horizonte hoy Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso, ni siquiera a través del interrogatorio de parte de la actora, contrario a lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir, a quien además debe indicársele que la Sala no tiene duda sobre la aplicación del precedente jurisprudencial que sobre el tema ha desarrollado la CSJ, como quiera que existen por lo menos 3 decisiones que desarrollan el deber de información de las AFP en tratándose del traslado de régimen pensional, y de la carga probatoria que deben asumir para la desmotivación de su cumplimiento, lo cual hace que este tenga poder vinculante ante los jueces de inferior jerarquía, no existiendo para esta Sala motivos atendibles que justifiquen el apartamiento del mismo.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a

pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Igualmente, la formación de la demandante, quien adujo ser contadora, no exime del cumplimiento del deber de información a la fecha de su traslado por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir, como así lo aducen Colpensiones y Colfondos en su alzada, en la medida que el mismo debe atenderse en relación con todos los posibles afiliados al RAIS, dado que el mandato legal que lo impone, tiene el carácter de general, abstracto e impersonal.

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por las demandadas en sus recursos, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la *litis* no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consunción jurídica, retrotroar las cosas al estado anterior a la afiliación al mismo.

Por lo anterior, tampoco tiene aplicación lo definido por la Corte Constitucional en la sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, dado que en dichas decisiones la Alta Corporación abordó el tema de la procedencia del traslado de regímenes en cualquier tiempo, para los beneficiarios del régimen de transición, frente a quienes no existía discusión sobre la validez de su afiliación al RAIS.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS**

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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 pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-

2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, pues el Juzgado no impuso condena por los conceptos aludidos sobre las AFP Porvenir, Protección y Colfondos.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, **ni afecta su sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFPs PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

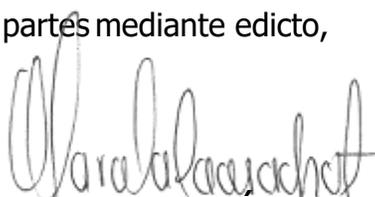
## RESUELVE

**PRIMERO. –ADICIONAR** la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR, a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras la demandante permaneció afiliada a dichas sociedades, lo cual deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

**SEGUNDO. – CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

**TERCERO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



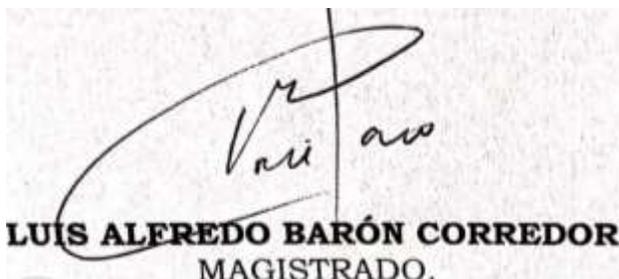
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** EDUARDO PERALTA PRADA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN  
**RADICACIÓN:** 1100131050-32-2019-00754-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** EDUARDO PERALTA PRADA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado realizado al RAIS a través de la AFP en mención, por el incumplimiento del deber legal de información. Como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se le tenga como afiliado del RPMPD administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 55 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se trasladó a la AFP Protección el 7 de febrero de 1996; que el asesor de la mencionada sociedad no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS y al RPMPD, tampoco se le hizo un estudio de su situación particular, ya que solo se le indicaron los beneficios del nuevo régimen pensional; que nació el 8 de junio de 1959; que la AFP convocada le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, la cual dio como resultado una mesada pensional de \$4.125.902 en la anualidad que cumpla 62 años; que solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado la RAIS, la cual fue resuelta de manera desfavorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de las pruebas arrimadas al

proceso se evidencia que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación de la AFP Protección. Agregó que igualmente se encuentra inmerso en la prohibición de efectuar el traslado, por cuanto le faltan 10 años o menos para adquirir la edad de pensión. Propuso como excepciones de 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, 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. (fols. 61 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento. Adujo que del formulario de vinculación que suscribió el actor, se suscribió en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Dijo que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetándose el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre de 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el actor a través de la AFP Protección, a quien condenó a trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; ordenó a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado al RPMPD, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento del traslado; finalmente, condenó en costas a la AFP Protección.

La decisión del Juez se basó en que conforme a la jurisprudencia de la CSJ, las administradoras de fondos de pensiones tienen la carga de acreditar que cumplieron el deber de información ante sus futuros afiliados al momento del traslado de régimen pensional.

Indicó que en el caso analizado, la AFP demandada no le brindó al actor la información clara y suficiente sobre las características de los regímenes pensionales, las deferencias entre uno y otro, así como las condiciones de acceso y las modalidades de pensión en

el RAIS, que le permitieran tener una comprensión mínima de la decisión que estaba tomando, como lo era el traslado de régimen.

Precisó que la reasesoría brindada al accionante en el año 2011, no tiene la entidad suficiente para subsanar la falta en el deber de información de la AFP demandada, porque en ella solo se le hizo mención a unas diferencias entre la mesada pensional de uno y otro régimen, sin indicársele las características de cada uno, amén que las proyecciones que se le presentaron al actor arrojaron una diferencia en el monto pensional de \$500.000, lo cual no se compadece con los ingresos que este reporta en su historia laboral.

Indicó que a lo anterior se suma que, la CSJ ha referido que la ineficacia del traslado no se convalida con reasesorías posteriores. Finalmente, manifestó que la única prueba obrante en el proceso que lo es el formulario de afiliación, no tiene la virtud de demostrar el acatamiento del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, como también lo expresó la CSJ.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Recurso de apelación AFP Protección.** Formuló recurso de apelación indicando que no es procedente la condena que se impone por la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, ya que su cobro ha sido ampliamente regulado y establecido por el legislador, por lo que no le era dable como AFP evadir su descuento, máxime que en el caso de las comisiones, se tratan de un reconocimiento a todas las actividades financieras que desplegó y que se ven refeljadas en los rendimientos importantes que obtuvo el demandante.

Añadió que a la luz del artículo 1746 del C.C., el cual habla de las restituciones mutuas, permite concluir que bajo ninguna circunstancia pueden desconocerse las actividades desplegadas por la AFP frente al bien administrado, y es por ello que no deben ser retornados los gastos de administración y comisiones.

Dijo que Protección no puede hacer el cobro de dineros ya pagados ante terceros de buena fe, como lo es la aseguradora, por manera que los mismos deben reembolsarse de su propio patrimonio, lo cual se traduce en una condena que le perjudica.

**6.2. Recurso de apelación Colpensiones.** Dijo que conforme al interrogatorio de parte y las pruebas documentales, se evidencia que no existe un error de hecho sino de derecho, que fue subsanado no solo por la firma de formulario de afiliación por parte del actor, sino por su vocación de pertenecer al RAIS durante un período prolongado.

Agregó que la decisión del Despacho antenta contra la sostenibilidad financiera del sistema, porque la distribución de la cotización varía en un régimen y en otro, además los rendimientos financieros no serían los mismos, lo cual afecta a los demás afiliados.

Finalmente, resaltó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, además, se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, porque le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, y tampoco acredita 750 semanas de cotización al 1º de abril de 1994.

**7. Alegatos demandante.** Señaló que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 07 de febrero de 1996 con la Sociedad

Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior y ordenar a Colpensiones a tener a la señora demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

**8. Alegatos Colpensiones.** Señaló que de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria y consciente el formulario de afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., siendo esta última su actual administradora. Agregó que la convocante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, amén que no acredita los requisitos exigidos en la sentencia SU 130 de 2013, por lo que no procede su traslado en cualquier tiempo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?.

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información, contrario a lo afirmado por Colpensiones, debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Eduardo Peralta Prada cotizó al ISS entre 4 de febrero de 1987 y el 31 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral allegada por Colpensiones obrante en el expediente administrativo; y que el 7 de febrero de 1996 se trasladó a la AFP Protección, según se observa en el formulario de afiliación allegado por dicha sociedad, a la cual, además, se encuentra actualmente vinculado el convocante.

## **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN, quien además no acreditó el cumplimiento del deber de información ante el demandante a la fecha de su traslado, pues así lo concluyó el Juzgado de primera instancia, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por la apoderada de Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la *litis* no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, y por tal motivo, tampoco es necesario que el actor al 1º de abril de 1994 cuente con 750 semanas de cotización.

## **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Se le debe señalar al apoderado de la AFP PROTECCIÓN que, aunque aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede generar un perjuicio a la entidad que representa, sobre todo ante la orden de devolución de los gastos de administración y comisiones, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

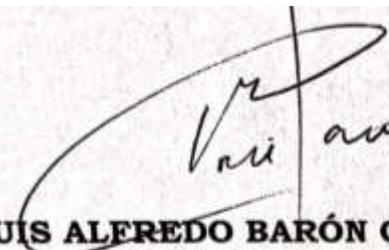
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre del 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUZ MARINA SINTURA ARÉVALO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES-AFP PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 1100131050-32-2020-00060-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. DANIELA PALACIO VARONA como apoderada de la AFP Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** LUZ MARINA SINTURA ARÉVALO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia de su traslado realizado al RAIS a través de la AFP PORVENIR, por el incumplimiento del deber legal de información, así como que la entidad a la que se encuentra legalmente afiliada es Colpensiones. Como consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a registrar en su sistema de información que la actora no realizó ninguna vinculación válida a dicha AFP, asimismo, se le condene a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, como bonos, aportes, rendimientos y comisiones; se condene a Colpensiones a activar su afiliación, así como a actualizar su historia laboral incluyendo las cotizaciones efectuadas en el RAIS; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 79 y s-s-).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 31 de octubre de 1960; que cotizó al ISS desde el 3 de diciembre de 1979, un total de 300 semanas; que el 9 de mayo de 1997 se afilió a la AFP Porvenir; que la sociedad en mención no le informó sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, ni sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, como tampoco sobre la características del mismo, ni le indicó las ventajas del RPMPD; que durante su afiliación a Porvenir, no ha

recibido asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de régimen pensional; que solicitó ante la AFP Porvenir y a Colpensiones la anulación de su afiliación, lo cual le fue negado por dichas entidades.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993; que la afiliación de la convocante al RPMPD implicaría una contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema y una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Agregó que la convocante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, amén que no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación, que llegue a invalidar la misma. Propuso como excepciones de 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, 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.

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP, con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Adujo que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, de manera que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. Finalmente, sostuvo que la convocante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza, la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre de 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la actora a través de la AFP Porvenir, a quien condenó a trasladar con destino a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por

concepto de gastos de administración y seguros previsionales; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento del traslado; finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que conforme a la jurisprudencia de la CSJ, las administradoras de pensiones tienen un deber de información, el cual comprende tanto lo favorable como lo desfavorable, de cada uno de los regímenes pensionales, debiéndose dar a conocer las características de los mismos, y las diferencias entre uno y otro.

Agregó que, la Alta Corporación igualmente indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben acreditar que cumplieron con ese deber, no siendo necesario para el efecto, que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición, que esté ad portas de causar un derecho o que éste se encuentre consolidado.

Finalmente, adujo que en el presente caso la AFP Porvenir no acreditó el cumplimiento del deber de información, ya que la única prueba obrante en el proceso que lo es el formulario de afiliación, no tiene la virtud de demostrar el acatamiento de esa obligación, como también lo expresó la CSJ.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Recurso de apelación AFP Porvenir.** Formuló recurso de apelación indicando que la afiliación de la demandante fue suscrita de manera voluntaria e informada, cumpliendo los requisitos legales exigidos en su momento por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Dijo que conforme a lo manifestado por la accionante en su declaración de parte, su inconformidad no es una eventual omisión frente al deber de información, sino la diferencia en el monto pensional que le ofrece cada régimen, desconociendo que las pensiones no son una contraprestación de lo que se percibe a título de salario, precisando que la actora al trasladarse al RAIS se acogió a las normas propias del mismo.

Agregó que en cuanto al deber de información el Juzgado ha impuesto obligaciones que no existían para la data en que tuvo lugar el traslado -1997-, pues para dicha época estaba vigente el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de la misma anualidad, normas que no establecen la obligación de entregar a los usuarios una determinada información, la cual en todo caso sí fue recibida por la convocante como lo confesó en su interrogatorio.

Adujo que se ha impuesto toda la carga sobre la AFP en relación con el deber de información, pasándose por alto su obligación como consumidora financiera, la cual fue desconocida, como ella misma lo apuntó en su declaración.

Señaló que no existe norma que establezca la ineficacia del traslado por una omisión en el deber de información; igualmente, dijo que no es procedente la condena por gastos de administración y seguros previsionales, porque estos conceptos cumplieron la finalidad que le ha impuesto la ley, durante la afiliación de la convocante al RAIS; amén que esa condena desconoce la gestión de la AFP, quien en todo caso ya no

cuenta con las sumas que corresponden a los seguros previsionales, dado que fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras. Finalmente, sostuvo que en el presente caso se encuentra probado el fenómeno de la prescripción sobre las condenas por gastos de administración y seguros previsionales.

**6.2. Recurso de apelación Colpensiones.** Dijo que conforme al interrogatorio de parte y las pruebas documentales, se evidencia que no existe un error de hecho sino de derecho, que fue subsanado con el paso del tiempo.

Agregó que la decisión del Despacho antenta contra la sostenibilidad financiera del sistema, porque la distribución de la cotización varía en un régimen y en otro, además los rendimientos financieros no serían los mismos.

Finalmente, resaltó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición.

**7. Alegatos demandante.** Solicitó CONFIRMAR la decisión de Primera Instancia, ya que los fondos de pensiones no le suministraron información suficiente, objetiva y clara, y para efectos de verificar que fue debidamente informada no es suficiente con que haya firmado su consentimiento de traslado en el respectivo formulario, ya que el mismo no da cuenta que haya recibido la información en los términos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia, posición que fue reiterada en sentencia SL 638 - 2020 con radicación 70050 con ponencia de la Magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA.

**8. Alegatos Colpensiones.** Señaló que no es procedente que se declare la nulidad del traslado ya que las pruebas arrojadas al proceso evidencian que la accionante se encuentra afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente el formulario de afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. También señaló que del interrogatorio de parte y los testimonios practicados, se puede extraer que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmó la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, sino por su vocación de permanecer en el régimen privado se dio por un tiempo prolongado.

**9. Alegatos AFP Porvenir.** Sostuvo que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Igualmente, dijo que la asesoría requerida no debía llegar al punto de desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima? (iv) ¿La AFP PORVENIR está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Luz Marina Sintura Arévalo cotizó al ISS entre el 3 de diciembre de 1979 y el 31 de mayo de 1996, conforme aparece en la historia laboral allegada por Colpensiones con su contestación de demanda; y que el 9 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir, según se observa en el formulario de afiliación allegado por dicha sociedad, a la cual, además, se encuentra actualmente vinculada la convocante.

### **Deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto dealzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, contrario a lo indicado por Porvenir en su alzada.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora LUZ MARINA SINTURA ARÉVALO, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, lo cual dicho sea de paso, no fue advertido por la demandante en su interrogatorio de parte, pues esta indicó con claridad que únicamente se le dijo que en Porvenir se iba a pensionar antes del tiempo estipulado por la ley y que el ISS iba a desaparecer, lo cual le generaría un perjuicio.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus

beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constata en el presente caso.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, rendimientos y seguros previsionales**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Porvenir, ni siquiera su planteamiento relacionado con la excepción de prescripción, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones; además, porque los efectos de la ineficacia del traslado, conllevan a entender como si la AFP nunca hubiera recibido esos dineros, lo cual lógicamente hace improcedente dar aplicación al fenómeno de la prescripción.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia).

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

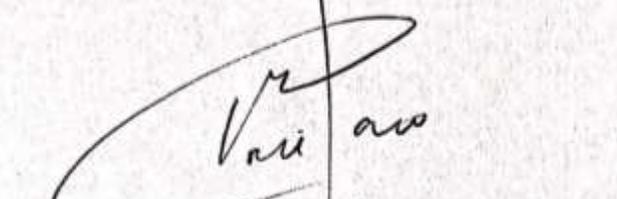
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de octubre del 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUZ DARY VARGAS CUADROS  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS  
**RADICACIÓN:** 1100131050-18-2018-00281-00  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** LUZ DARY VARGAS CUADROS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP en mención, así como que Colpensiones debe aceptar su vinculación al RPMPD, como si nunca hubiere existido un traslado de régimen pensional y que Colfondos le debe reconocer la suma de 50 SMLMV de que trata el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP Colfondos a trasladar el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual, con el reembolso de los gastos de administración; se condene a Colpensiones a recibir los aportes, rendimientos financieros y la devolución de gastos de administración; se condene a la AFP Colfondos a pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones indicó que desde el inicio de su vida laboral se vinculó al Sistema General de Pensiones a través del entonces ISS; que se trasladó a la AFP Colfondos sin que sus asesores comerciales le informaran sobre los eventuales riesgos de vincularse al RAIS, ni tampoco le brindaron asesoría indónea, consistente, veraz y objetivamente verificable, sobre las ventajas de dicho régimen; que en todo

caso nunca presentó ante Colfondos comunicación escrita, en la que constara la selección del RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones; que el entonces ISS no realizó ninguna gestión tendiente a desvirtuar lo indicado por la AFP demandada en relación con su liquidación, ni tampoco procuró una asesoría ante los afiliados que presentaron solicitud de traslado; que Colfondos gestionó su traslado de manera engañosa; que solicitó ante las demandadas, su afiliación al RPMPD, sin embargo, ambas contestaron su petición en sentido desfavorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fols. 49 a 50), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poder trasladarse en cualquier tiempo, amén que la afiliación realizada con la AFP Colfondos se encuentra ajustada a la ley, máxime que ello tuvo lugar de manera libre y voluntaria, sin dejar anotaciones de constreñimiento o presiones indebidas. Expresó que la actora saneó la presunta nulidad por la ratificación tácita que establece el artículo 1754 del C.C., en tanto ejecutó de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó su traslado de régimen, pues ha consentido que se le hagan los descuentos que corresponden a los aportes que deben ser efectuados ante el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 52 y s.s.).

**4. Contestación AFP Colfondos.** Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones que fueron formuladas en su contra, indicando que fue la decisión personal de la actora, libre de cualquier vicio del consentimiento, debidamente informada, la que condujo a su traslado hacia Colfondos S.A., la cual fue ratificada constantemente por la accionante ante los múltiples traslados que realizó entre administradoras del RAIS. Agregó que dio cumplimiento estricto a la normatividad que regula su actividad, e informó veraz y completamente todas las consecuencias del traslado. Finalmente, adujo que la convocante no es beneficiaria del régimen de transición y no hizo uso de la posibilidad del traslado en el RPMPD en la debida oportunidad. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 90 y s.s.).

**5. Contestación AFP Porvenir.** Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, argumentando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional, por lo que este se debe tener como válido. Agregó que se cumplió con los deberes de información que le eran oponibles al momento en que se realizó dicho acto jurídico, en concordancia con el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Finalmente, dijo que la actora contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado de régimen de pensiones y también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 136 y s.s.).

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de octubre de 2020 en la que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir, suscrita el 9 de abril de 1994, teniendo que para todos los efectos legales, nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; condenó a Colfondos y a la AFP Porvenir a trasladar todos los dineros ahorrados por la actora en su cuenta individual con destino a Colpensiones, junto con sus rendimientos, y gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la AFP Colfondos y a la AFP Porvenir. (CD fol. 177)

El Juez basó su decisión en que la CSJ ha trazado una línea jurisprudencial, en la cual ha indicado entre otras cosas, que se habla de ineficacia cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante en la afiliación, no existe decisión informada por parte de la AFP, o es inoportuna e insuficiente para el afiliado, precisando que ante la falta de información que aduce la accionante en su escrito inicial, el estudio del caso debe abordarse desde dicho concepto.

Agregó que el Despacho acoge el criterio de la CSJ, según el cual desde el Decreto 663 de 1993, las AFP tienen el deber de información para garantizar una decisión libre y voluntaria, advirtiendo que la firma del formulario, conforme a los términos de la Alta Corporación no resulta suficiente para demostrar el acatamiento del mismo, además, la carga de la prueba en estos casos radica en la respectiva AFP.

Señaló que en el *examine* no obra formulario de afiliación de la actora ante la AFP Porvenir, de manera que la única prueba de su traslado lo es el certificado SIAFP expedido por Asofondos que obra en el proceso, amén que tampoco se evidencia que la demandada en mención hubiere cumplido con el deber de información, siendo lo procedente declarar la ineficacia de ese traslado realizado por la parte actora al RAIS.

## **7. Impugnación y límites del ad quem.**

**7.1. Recurso de apelación AFP Porvenir S.A.** Formuló recurso de apelación argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS fue libre y voluntaria porque no solo se vinculó a Porvenir, sino que efectuó múltiples traslados horizontales dentro de dicho régimen.

Sostuvo que el deber de información vigente para la época en que la actora se afilió a la sociedad, no implica el buen consejo, ni la doble asesoría, sino que se trataba únicamente de dar a conocer las características del RAIS y una documentación clara y veraz sobre el mismo, lo cual se cumplió ante la demandante, quien en su interrogatorio de parte expresó su conocimiento sobre la inversión de sus dineros para generar rendimientos.

Agregó que la demandante tenía plena capacidad y estaba llamada a informarse como consumidora financiera, con mediana diligencia.

Finalmente, dijo que la AFP no está llamada a devolver los gastos de administración y comisiones, dado que los mismos tienen una destinación específica que fue cumplida por Porvenir, no pudiendo retornar dineros que no se encuentran en su poder, lo cual igualmente, sucede con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, pues ya fueron trasladados a la aseguradora con la que se contrató para cubrir esos riesgos, por lo que se encuentra imposibilitada jurídica y materialmente, para el pago de esas sumas. (CD fol. 177)

**7.2 Recurso de apelación Colpensiones.** Formuló recurso de apelación, para lo cual manifestó que la convocante no cumple con los requisitos legales prestablecidos para retornar al RPMPD, porque no se encuentra cobijada por el régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues debía hacer su traslado cuando la faltaban más de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión.

Indicó que el error que se alega en el presente caso, no es otro que el que versa sobre un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento, dado que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Igualmente, dijo que las actuaciones de la convocante no fueron afectadas por la fuerza o el dolo, o situaciones que coartaran su libre escogencia de régimen pensional.

Refirió que la actora se trasladó a diferentes administradoras de fondos de pensiones, hecho que evidencia su deseo de permanencia al RAIS.

Advirtió que no se probó vicio del consentimiento alguno, y que el fallo del *a quo* afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que se basa en los principios de igualdad y equidad de quienes realmente efectuaron cotizaciones a Colpensiones, pues dicha decisión accede a la ineficacia de traslado, aun cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y cuando su afiliación al RAIS fue válida. (CD fol. 177)

**8. Alegatos AFP Porvenir.** Sostuvo que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), según el cual se deben estudiar de manera completa los antecedentes del potencial afiliado hasta llegar al punto de desincentivar la afiliación. Tampoco se encontraba en cabeza de las AFP el deber de doble asesoría (Ley 1748 de 2014), en el que además de exponer las características de los dos regímenes pensionales, se debe poner a disposición de los futuros afiliados herramientas financieras para hacer proyecciones pensionales. Agregó que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el período en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos.

**9. Alegatos Colpensiones.** Dijo que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003; además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en

consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP PORVENIR está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Luz Dary Cuadros Vargas cotizó al ISS entre el 8 de marzo de 1990 y el 30 junio de 1995, conforme aparece en la historia laboral allegada por Colpensiones (CD fol. 51); que el 1º de mayo de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir, según se constata de la información contenida en la certificación de Asofondos (fol.103); de la misma documental se evidencia que la convocante, se afilió a la AFP Colfondos, lo cual se ratifica con el formulario firmado por la convocante el 6 de junio de 1996 (fol. 101); esa certificación SIAFP también da cuenta que la actora se trasladó a la AFP Horizonte el 1º de octubre de 1998; a la AFP Porvenir el 1º de marzo del 2000; a la AFP Horizonte el 1º de agosto de 2001 y finalmente, retornó a la AFP Colfondos el 28 de noviembre de 2013, como se observa del formulario de afiliación (fol. 102).

### **Deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, contrario a lo indicado por Porvenir en su alzada.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora LUZ DARY VARGAS CUADROS, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, lo cual dicho sea de paso, no fue advertido por la demandante en su interrogatorio de parte, pues esta indicó con claridad que ninguna persona le brindó asesoría la momento del traslado al RAIS, ya que ese trámite fue realizado por su empleador.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constata en el presente caso.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS**

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del

afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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 pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Porvenir, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *a quo*.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, se le debe señalar a la apoderada de Colpensiones que no hay lugar a estudiar si la demandante se encuentra o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, en la cual se establece que no podrá trasladarse de régimen quien le falte menos de 10 años para cumplir la edad para pensión, como quiera, que en el *examine* no se ha planteado una solicitud de traslado de régimen, sino una solicitud de ineficacia por haberse omitido brindar la información necesaria al momento del traslado.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

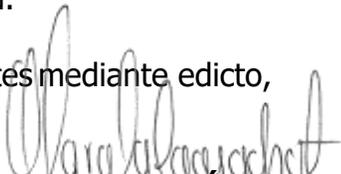
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

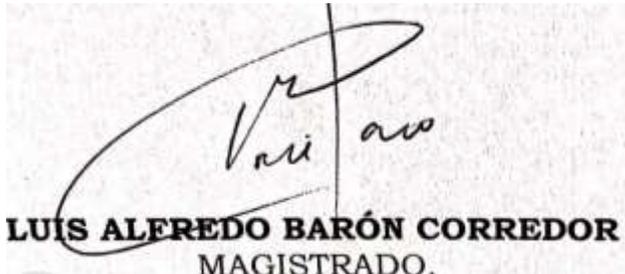
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de octubre del 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LAURA GABRIELA GIL SAVASTANO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.-AFP PROTECCIÓN S.A.  
**RADICACIÓN:** 11001-31050-07-2019-00252-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-MINISTERIO PÚBLICO  
**TEMA:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL como apoderada de la AFP Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** LAURA GABRIELA GIL SAVASTANO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare que la AFP Santander hoy Protección no le entregó simulación pensional o proyecto de pensión con anterioridad a la vinculación con dicha entidad, como tampoco le informó que podía afiliarse al entonces ISS; igualmente, que la AFP Porvenir no le entregó simulación pensional o proyecto de pensión, ni le informó que podía afiliarse directamente al ISS, cuando se trasladó a dicha AFP. Como consecuencia, solicita se declare la nulidad de su afiliación a la AFP Santander hoy Protección y a la AFP Porvenir, y se ordene su afiliación a Colpensiones, así como su devolución al RPMPD; se ordene a la AFP Porvenir entregar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna. Finalmente, solicita se condene a las costas procesales. (fols. 5 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 14 de enero de 1966, motivo por el cual actualmente cuenta con 53 años; el 3 de abril de 1997 actuando como trabajadora independiente, con total desconocimiento de los regímenes pensionales colombianos, pues en ese entonces era ciudadana extranjera, se afilió a la AFP Santander hoy Protección; que tanto el asesor de dicha sociedad, como el entonces ISS, no le advirtieron sobre las consecuencias que acarrearía su afiliación al RAIS; la AFP a la cual se afilió inicialmente, omitió informarle sobre su posibilidad de trasladarse al RPMPD, cuando aún no se encontraba en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; la AFP Santander fue adquirida por la AFP ING, la cual a su vez se fusionó con la AFP Protección; el 4 de agosto de 2003, fecha para la cual prestaba sus servicios como empleada de la Universidad Externado de Colombia, fue abordada por un asesor de la AFP Porvenir, le ofreció mejores ventajas en los rendimientos de su cuenta de ahorro individual en dicha administradora, manteniéndola inducida en el error del que fue víctima; solicitó su afiliación o traslado ante Colpensiones, lo cual le fue negado por la entidad, bajo el argumento que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse; la AFP Porvenir realizó simulación pensional, según la cual el monto de la pensión de vejez equivaldría a \$1.903.900 dentro de 7 años, aun cuando durante los últimos 10 años ha efectuado aportes con base en un IBC superior a 9 SMLMV.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (fol. 124 a 125); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que tampoco se evidencia dentro de las solicitudes de la demandante notas de protesto o anotación alguna, que permita inferir con probabilidad de certeza, que hubo una inconformidad de su parte, pues por el contrario, se observa que las documentales obrantes en el proceso están acordes a derecho y fueron suscritas de manera libre y voluntaria. Agregó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen pensional y no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 76 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP Protección.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación realizada por la demandante el 6 de agosto de 2002, se constituye en un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se solemnizó mediante la suscripción del formulario de afiliación, que generó derechos y obligaciones en cabeza de la AFP y de la convocante, siendo claro que tuvo lugar en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Agregó que la parte convocante soporta sus pretensiones en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, precisando un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no, por favorabilidad económica del mismo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,

buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica. (fols. 136 y s.s.).

**5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.** Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que la actora el 4 de agosto de 2003 diligenció y suscribió el formulario de vinculación a Porvenir, luego de haber recibido la asesoría suficiente. Agregó que esa decisión, ratifica el deseo de la accionante de pertenecer al RAIS, toda vez que en el mismo año tenía la posibilidad de trasladarse al RPMPD, y no lo hizo, dado que por el contrario, se afilió a otra AFP. Dijo que, de acuerdo a los documentos obrantes en el proceso, no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo. Propuso como excepciones de fondo la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 184 y s.s.).

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de septiembre de 2020 en la que el fallador absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por la accionante, declaró las probadas las excepciones formuladas por las entidades demandadas y condenó en costas a la convocante.

Como sustento de su decisión indicó que, conforme a lo demostrado en el proceso, se tiene que la demandante nunca ha pertenecido al RPMPD, pues se afilió por primera vez a la AFP Davivir hoy Protección el 3 de abril de 1997. Además, resaltó que la convocante se trasladó a la AFP ING el 6 de agosto de 2002 y el 14 de agosto de 2003, se afilió a la AFP Porvenir, conforme al formulario de afiliación obrante en el proceso, en el cual además se indica como AFP anterior Santander.

Agregó que la convocante confirmó en su interrogatorio de parte que solo ha estado afiliada a la AFP Santander hoy Protección y a la AFP Porvenir; además, la Universidad Externado de Colombia, certificó que a la actora a su ingreso como trabajadora, se le consultó el régimen pensional al que deseaba pertenecer, siéndole suministrado el formato conforme a su elección, para lo cual anexó el formulario de afiliación de la actora a la AFP Davivir que no se encuentra rubricado por ella; igualmente, dicho empleador precisó que nunca ha promovido ninguna AFP ante sus trabajadores.

Adujo que las AFP deben suministrar una información clara, certera y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, frente a lo cual las administradoras de fondos de pensiones tienen la carga de probar el cumplimiento de ese deber, que se predica únicamente del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo, circunstancia que no es el caso de la actora, porque nunca ha estado afiliada al RPMPD, y su vinculación a Davivir lo fue de manera libre y voluntaria, materializándose lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que además, no se encuentra desvirtuada por ningún medio de prueba.

De otro lado, indicó que la ineficacia de traslado implica retrotraer la situación de la trabajadora al estado en que se hallaba si el acto de afiliación no hubiese existido jamás, caso en el cual quedaría desamparada en su vinculación al Sistema de Seguridad Social en pensión, escenario que contraviene el derecho constitucional a la seguridad social de la convocante, amén que no existe un fondo que pueda recibir a la actora, dado que no obra prueba de su afiliación al RPMPD.

**7. Impugnación y límites del ad quem.**

**7.1. Recurso de apelación parte demandante.** Manifestó que está demostrado que las sociedades Davivir Santander y Porvenir nunca asesoraron en debida forma ni le brindaron una información veraz sobre las consecuencias que acarrearía su afiliación a dichos fondos, además, no tenía conocimiento de las ventajas que le implicarían una afiliación al entonces ISS, máxime que era una persona extranjera que comenzaba su vida laboral en el país.

Señaló que con posterioridad, las AFP accionadas tampoco le presentaron un proyecto de simulación de pensión, del cual pudiera darse cuenta de las consecuencias desfavorables que le generaría su afiliación al RAIS, dada la base salarial sobre la cual cotizaba.

Indicó que existen tantos vacíos en el *examine*, que las sociedades accionadas ni siquiera tienen conocimiento de dónde estuvo afiliada, pues hicieron manifestaciones sobre su supuesta afiliación a Colpensiones, sin prueba alguna, remitiéndose a lo certificado por Asofondos, quien además, adujo que fue Porvenir la AFP que dio cuenta de esa información.

Dijo que al representante legal de Protección no le puede constar nada en relación con la asesoría que recibió la actora, en tanto que en el año 1997 Davivir no pertenecía a dicha AFP. Adujo de igual manera, que lo certificado por la Universidad Externado de Colombia no da fe que la accionante haya sido asesorada por Davivir, Santander, Protección o Porvenir, máxime cuando la empleadora afirmó que ella misma entregaba los formularios de afiliación.

Resaltó que, conforme a la CSJ, la elección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria, la cual debe estar acompañada de la asesoría que permita el ejercicio de la libertad informada, cuyo desconocimiento castiga al empleador y a cualquier persona natural o jurídica, con las sanciones previstas en el artículo 271.

**7.2. Recurso de apelación Ministerio Público.** Manifestó que el deber de información es predicable no solamente ante el acto jurídico de traslado, sino también frente a la afiliación inicial, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que consagra las características del Sistema General de Pensiones y el artículo 271 del mismo compendio normativo.

Dijo que aunque el asunto bajo estudio no encaja dentro de la línea jurisprudencial definida por la CSJ, en la que se ha desarrollado temas de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, porque en el presente caso se alega una ineficacia de la afiliación inicial al RAIS, no obstante, el deber de información es predicable también y de manera más reforzada para el momento de la afiliación, de manera que la AFP sí tiene la obligación de informar de manera adecuada, suficiente y completa al potencial afiliado sobre las características, consecuencias ventajas, desventajas de ambos regímenes, para que se tome una decisión consciente y libre por parte de este, precisando que su desconocimiento necesariamente implica la ineficacia del acto de afiliación inicial.

Señaló que el desarrollo jurisprudencial de la CSJ sobre la carga de la prueba, resulta aplicable al caso, dado que se involucran afirmaciones y negaciones indefinidas, las cuales deben ser desvirtuadas por la AFP, máxime que dentro de sus obligaciones se encuentra la conservación de los archivos que soportan el traslado y es la obligada a

observar el deber de información, cuyo cumplimiento debe acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales.

Adujo que conforme a lo dicho por Protección en respuesta a derecho de petición obrante a folio 28, no se encontró formulario de afiliación de la demandante, lo cual evidencia una falta a unos de los principios de la seguridad social, como lo es el de eficiencia, que para el caso, implica un deber de diligencia en la aplicación de las normas de archivo.

Finalmente, dijo que no se allegó ningún elemento de juicio por parte de las AFP, del que se evidencie el cumplimiento de ese deber de información, que no podía trasladarse al empleador, esto es, a la Universidad Externado de Colombia. En ese orden, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

**8. Alegatos AFP Protección.** Indicó que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, por lo que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, amén que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.

**9. Alegatos AFP Porvenir.** Señaló que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Agregó que conforme a la documental y de las pruebas practicadas, no se puede establecer que la demandante hubiese estado vinculada al Régimen de Prima Media, por lo tanto, no tenía la demandante un derecho consolidado o por consolidarse en el RPM, y en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional, sino de la declaratoria de ineficacia de la vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, realizada ante la AFP Davivir; por lo tanto, no puede aplicarse el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en lo que a ineficacia de traslado de régimen pensional, debido que al aplicarse, la demandante quedaría sin protección en el Sistema General de Pensiones, al ser su vinculación inicial al RAIS.

**10. Alegatos Colpensiones.** Adujo que desde la contestación de la demanda se estableció que el traslado efectuado en el contrato suscrito con la AFP del RAIS tiene plena validez, máxime que no se logró demostrar que, la demandante obrase con la debida diligencia que merecía el traslado del RPMPD su antiguo régimen, a la AFP en el RAIS. Indicó que, conforme a lo establecido por la Corte constitucional, no es viable permitir que un afiliado se traslade en cualquier tiempo del RAIS al Régimen de prima media con prestación definida, ya que ello implica el traslado de aportes de una cuenta individual a un sistema de fondo común, que causaría un detrimento y desfinanciación en este último.

**11. Alegatos demandante.** Señaló que está demostrado dentro del proceso que las entidades DAVIVIR Y/O SANTANDER Y/O PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y PORVENIR S.A., no la asesoraron en debida forma y no le dieron una información veraz y suficiente, sobre las consecuencias que acarrearía la vinculación al Régimen de Ahorro individual y las diferencias con el Régimen de Prima media con prestación definida, administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y nunca tuvieron mas comunicación ni verbal ni escrita. Agregó que el Juzgado no tuvo en

cuenta que el artículo 271 de la Ley 100 de 1.993, expresamente dice en su inciso final que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Ministerio Público se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos** (i) ¿La afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz por omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se vinculó por primera vez? y (ii) ¿Es procedente ordenar que se trasladen los aportes de la accionante a COLPENSIONES a pesar que nunca ha estado afiliada a dicha entidad?

#### **Afiliación y cotizaciones**

Sea lo primero indicar que se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Laura Gabriela Gil Savastano se afilió al Sistema General de Pensiones el 3 de abril de 1997, cuando suscribió el formulario de afiliación de Davivir según da cuenta dicho documento visible a folio 325; además, el 6 de agosto de 2002, se trasladó a la AFP Santander hoy Protección, como se advierte del formulario de afiliación obrante a folio 332, que a pesar de su poca legibilidad, contiene la firma de la demandante; finalmente, el 26 de agosto de 2003 se vinculó a la AFP Porvenir, como así se observa del formulario de afiliación (fol. 335)

De lo anterior, y de lo informado por Colpensiones a folio 321, así como de lo relatado por la accionante en su interrogatorio de parte, se encuentra probado sin dubitación alguna, que la señora Gil Savastano, nunca ha estado vinculado al RMPD, y que su vinculación al RAIS, constituyó también su primera afiliación al Sistema General de Pensiones, lo cual dicho sea de paso, permite descartar lo consignado por Asofondos en el registro SIAFP, en relación con la supuesta vinculación de la demandante a Colpensiones, máxime que en certificación obrante a folios 316 y s.s. Asofondos indicó que es solamente el administrador del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones, del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, presta soporte técnico a un sistema de información de las AFP.

#### **De la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS**

Previo de resolver los problemas jurídicos planteados debe precisarse que si bien en la demanda se solicitó la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, lo cierto es que debe considerarse que la misma se sustenta en la trasgresión del deber de información de la AFP que vinculó a la demandante al Sistema General de Pensiones por primera vez, de manera que resulta aplicable lo que la CSJ ha indicado en relación con las ineficacias de traslado, esto es, que el desconocimiento en del deber de información debe abordarse **desde su ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme a la

sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En el presente caso, esgrimen los recurrentes que el deber de información no solo debe ser atendido por las AFP en relación con el acto jurídico de traslado de régimen pensional, sino también, en tratándose de la afiliación inicial, como así lo disponen los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, cuyo cumplimiento debe ser demostrado por la administradora de fondos de pensiones, so pena de declarar ineficaz ese último acto.

Pues bien, al respecto ha de decirse, que la Sala comparte lo esgrimido en la alzada, en el sentido que las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente cierta y oportuna que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles, aquella a que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria, precedida en el respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del intereses general, transparente y de buena fe de quien presta un servicio público, lo cual no solo debe ser cumplido en tratándose del acto jurídico de traslado, sino también de la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones.

Y ello es así porque, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que consagra las características del Sistema General de Pensiones, como así lo resalta el Ministerio Público, la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por en dicha norma, es libre y voluntaria por parte del afiliado, precisando además, que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca ese derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la nueva ley de seguridad social.

Esta última norma, indica que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades, además, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En ese orden, si bien la CSJ ha adoctrinado sobre casos en los que se discuten los efectos de un traslado de régimen pensional, que la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone un conocimiento previo de las consecuencias de ese acto jurídico, lo cierto es que ello no sólo se debe circunscribirse al mentado traslado, sino también al acto de afiliación inicial, porque la misma implica una selección de régimen, solo que en este evento, por primera vez, la cual como lo consagrada la norma en mención, debe estar precedida del conocimiento de la incidencia de la decisión del afiliado sobre sus derechos prestacionales.

A lo anterior se suma que, el Decreto 663 de 1993, "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero", aplicable a las AFP desde su creación, estableció en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

A lo anterior se adiciona que, la carga de la prueba sobre el cumplimiento de ese deber de información, recae en la AFP igualmente en el presente caso, como lo advierte el Ministerio Público, en primer lugar, porque la omisión en torno al mismo tiene la

connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la custodia de la documentación así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha carga a los consumidores financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

Esa carga probatoria, claramente no se encuentra cumplida en el presente caso, porque según lo certificó la Universidad Externado de Colombia, empleador a través del cual la accionante se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones, el procedimiento de vinculación de sus trabajadores, implica el suministro del formulario de afiliación a la entidad de pensiones que éstos eligen, para posteriormente efectuar esa vinculación la AFP de su elección (fols. 338), de lo cual resulta claro que la demandante no recibió información, por parte de ningún asesor de la entonces AFP Davivir.

No obstante, resulta importa señalar que, en el presente caso, dadas sus particularidades, la declaratoria de ineficacia de la afiliación resulta inviable; ello por cuanto, el efecto de tal declaración, es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos.

Lo anterior, implicaría en el *examine* que la demandante pierda su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, a quien además debe restituírsele todo aquello que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, podrá realizar nuevamente la afiliación libre y voluntaria en Colpensiones si así lo desea, ello lo debe hacer a título de afiliación inicial, lo cual implica que debe comenzar desde cero a efectuar sus cotizaciones a dicha entidad, circunstancia que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez, y por ende, su derecho a la seguridad social, dado que en la actualidad ella cuenta con 54 años, conforme se deduce de la copia de su cédula de ciudadanía (fol. 28), siendo claro que está próxima a cumplir la edad mínima de pensión establecida para el RPMPD.

Y ello es así, porque la convocante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, como quedó probado en el proceso, luego, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede traer como consecuencia el traslado de los dineros que se reposan en su cuenta de ahorro individual, con destino a Colpensiones; además, una orden como la que pretende la demandante, esto es, ordenar su afiliación al actual administrador del RPMPD, con el consecuente traspaso de todos los dineros que aportó al RAIS, con sus rendimientos, bonos, sumas adicionales, sin deducción alguna, en el fondo representa un traslado puro y simple, que en el caso de la demandante no está permitido en los términos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.

En este punto, debe resaltarse que el derecho a la Seguridad Social estatuido en el artículo 48 de la C.P., por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, configura un régimen jurídico de orden público cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal, son irrenunciables, imprescriptibles, que no pueden ser modificados por convenio entre particulares, de suerte que en aras de garantizar ese derecho fundamental a la aquí demandante, la Sala debe otorgarle plenos efectos a la afiliación

que ésta efectuó por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, y en particular, a la entonces AFP Davivir.

Conforme a lo dicho, comparte la Sala la decisión proferida por el fallador de primera instancia, en cuanto no accedió a la prosperidad de las pretensiones formuladas en el escrito inicial, siendo lo procedente confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2020 por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

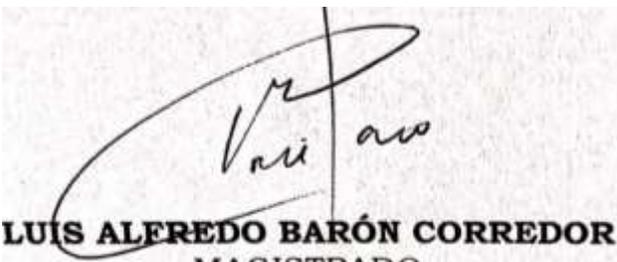
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** BERTHA CORTÉS CABRERA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y AFP OLD MUTUAL  
**RADICACIÓN:** 1100131050-36-2018-00407-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP OLD MUTUAL  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** BERTHA CORTÉS CABRERA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP en mención, por omisión en el deber de información, así como que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP OLD Mutual a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos, bonos y títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a Colpensiones a activar su afiliación y recibir la totalidad de los aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos y títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación fols. 41 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 23 de septiembre de 1964; que se afilió al RPMPD el 1° de diciembre de 1981, en el cual cotizó 770,29 semanas; que se trasladó a la AFP Skandia hoy OLD Mutual el 9 de septiembre de 1999; que los asesores de la AFP convocada le indicaron que en dicha sociedad obtendría una mejor pensión, y no desplegaron ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearon su traslado al RAIS; que la AFP OLD Mutual omitió brindarle información completa y clara sobre las características de ambos regímenes pensionales; que Colpensiones tampoco adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado pensional; que la AFP OLD Mutual le indicó que su mesada pensional sería equivalente a \$1.672.095, cuando su IBC corresponde a \$5.241.216; que solicitó ante la AFP encartada la nulidad de su afiliación y a Colpensiones activar su

vinculación al RPMPD, peticiones que fueran resueltas en sentido desfavorable a sus intereses.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol..133), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), amén que dentro de las solicitudes elevadas por la convocante no se advierte nota de protesta o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la convocante, y por el contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho. Finalmente, dijo que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 de 2010, para efectos de trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buen fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 136 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP OLD Mutual.** Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones que fueron formuladas en su contra, indicando que la afiliación que se realizó con la demandante goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de régimen pensional no presenta ningún vicio del consentimiento, dado que fue un acto voluntario, el cual estuvo sujeto al acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del C.C. que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2º del Decreto 1642 de 1995. Agregó que la asesoría dada de manera previa a la actora, cumplió con todos los parámetros exigidos y contemplados en la Ley 100 de 1993, así como con lo establecido en el estatuto financiero expedido en 1993, y la información entregada fue clara, específica y suficiente, distinto a lo relatado en la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fols. 112 y s.s.).

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de septiembre de 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora el 9 de diciembre de 1999 al RAIS; condenó a OLD Mutual a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP OLD Mutual.

La Juez basó su decisión en que de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la CSJ, es determinante que las administradoras de fondos de pensiones garanticen que existió una decisión informada por parte del afiliado al momento de realizar su traslado, obligación que nació desde la Ley 100 de 1993, lo cual además debe ser

acreditado por la AFP, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, que no fue cumplida en el presente caso.

Dijo que en el *examine* no procede analizar la situación desde la óptica de la nulidad o de la inexistencia, sino desde la ineficacia, dado que se denuncia una omisión en el deber de información.

Dijo que si bien, la actora manifestó que firmó de manera libre el formulario, lo cierto es que ello no puede considerarse como una manifestación que le desfavorece, porque la CSJ ya ha indicado que la suscripción del mismo, no es suficiente para tener por demostrado el cumplimiento del deber de información con las características que la misma Corporación ha definido.

## **6. Impugnación y límites del ad quem.**

**6.1. Recurso de apelación AFP OLD Mutual.** Formuló recurso de apelación argumentando que los gastos de administración y comisiones corresponden a un cobro que debe realizarse por imposición normativa, y se trata de una contraprestación del afiliado por los diferentes servicios que se le prestan por parte de la administradora de fondos de pensiones, como la compra de una póliza para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, de la cual fue beneficiaria la convocante durante el tiempo de afiliación.

Dijo que a lo anterior se suma el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual de la accionante, frente a lo cual debe hacerse un descuento, como así lo establece la Ley 100 de 1993.

Adujo que, si lo pretendido es proteger a Colpensiones de un detrimento patrimonial, ha de precisarse que la devolución de los gastos de administración en realidad genera un detrimento del patrimonio de la AFP, por cuanto esta ya no cuenta con esos dineros, dado que se tratan de descuentos automáticos y de uso inmediato.

Indicó además, que si se piensa en los efectos de la ineficacia de traslado, no podría considerarse que la accionante presentó rendimientos en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, sumado a ello, debe pensarse hasta qué punto esos rendimientos pueden cubrir los gastos de administración y comisiones deducidos, amén que debe analizarse si con ellos se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora, quien en el RPMPD no reportaría las mismas rentabilidades que obtuvo en la AFP.

**6.2 Recurso de apelación Colpensiones.** Formuló recurso de apelación, para lo cual manifestó que conforme a la sentencia SL1452-2019, la CSJ ha indicado que cada caso concreto debe ser estudiado de forma particular, precisando que en el *examine* la demandante al momento del traslado no tenía ninguna expectativa de pensionarse con Colpensiones, por lo que su caso no es un asunto análogo al definido por la Alta Corporación de la Jurisdicción ordinaria, puesto que a la fecha del traslado solo contaba con 559 semanas y tenía 29 años de edad.

En ese orden, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, porque suscribió el formulario de afiliación con la AFP demandada, además, en su interrogatorio manifestó que eligió libremente el RAIS porque le ofrecieron ventajas que no evidenció en el RPMPD, aceptando además que recibió información por parte

de los promotores de la AFP convocada, quedando acreditado el cumplimiento de ese deber en la manera exigida para la época, la cual no implicaba la asesoría que señaló el Despacho, pues a esa fecha era imposible prever las condiciones en que la demandante cotizaría a futuro, amén que desanimar al afiliado, según lo ha dicho la CSJ, es una obligación posterior al traslado.

Adujo que ha de tenerse en cuenta el nivel académico de la demandante, quien por ello debía tener facilidad para conocer sus deberes como consumidora financiera y los efectos del traslado, no pudiendo culparse únicamente a la AFP de una negligencia de la que fue parte la convocante y que involucra a un tercero ajeno al negocio jurídico que se celebró, como lo es Colpensiones.

Precisó que aun cuando se traslade el dinero contenido en la cuenta de ahorro individual de la actora, en todo caso se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones, porque será la entidad encargada de asumir la futura pensión, siendo aplicable al caso analizado la prohibición del artículo 2º de la Ley 100 797 de 2003.

Finalmente, señaló que no se probó ningún vicio en el consentimiento, y tampoco opera la inversión de la carga de la prueba, en tanto se evidencia una falta de cuidado del consumidor financiero.

**7. Alegatos demandante.** Solicitó confirmar el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

**8. Alegatos AFP Skandia Pensiones y Cesantías.** Señaló que ninguna de las entidades demandadas ni la parte actora, interpusieron recurso de apelación alguno, (llegó a segunda instancia por el grado jurisdiccional de Consulta), por lo que se debe tener en cuenta que el fallo proferido debe continuar respetando el principio de la no *reformatio in pejus*, y no ocasionar un perjuicio económico o de ninguna otra índole para la AFP, específicamente en lo relacionado con la obligación de devolver sumas adicionales a COLPENSIONES de las mencionadas por el Juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá.

**9. Alegatos Colpensiones.** Dijo que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con la AFP demandada, en el año 1999, argumento que se ratificó con su interrogatorio de parte, pues, la señora Bertha Cortez, manifestó que la asesoría que le brindaron duró de 15 a 20 minutos, además también aceptó su falta de interés en lo que sería su futuro pensional.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y AFP OLD Mutual se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se

estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora BERTHA CORTÉS CABERA, cotizó al ISS entre el 14 de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo; que el 9 de diciembre de 1999 firmó el formulario de afiliación a la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL <sup>(fol. 59)</sup>, sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

### **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP no en la demandante, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su alzada, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como

la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues, contrario a lo afirmado por Colpensiones, no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **BERTHA CORTÉS CABRERA**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

### **Del formulario de afiliación**

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo

11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, independiente de su formación profesional, la cual dicho sea de paso no estaba presente en la demandante, pues como ella lo indicó en su interrogatorio de parte, para la época del traslado a penas tenía estudios de bachiller.

En ese orden, no puede considerarse a la demandante como una afiliada experta que tenía conocimiento de las consencuencias de su traslado, lo cual en todo caso, no exonera a la AFP convocada de acatar ese deber consagrado en la ley, dado que la misma es general, abstracta e impersonal.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que

se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por la apoderada de Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la *litis* no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de OLD Mutual, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; además, aunque la apoderada aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, **ni afecta su sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones**

**los cuales deberán asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

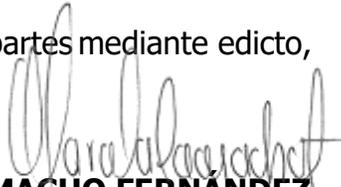
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

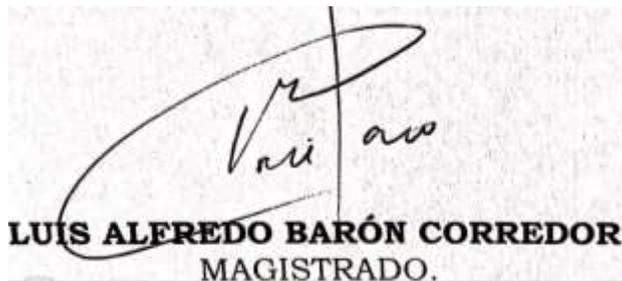
**PRIMERO. –CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** NANCY ESTELLA HENAO RODRIGUEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-35-2019-00381-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nancy Estella Henao Rodríguez instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitando se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, y como consecuencia se ordene a Colpensiones recibir y afiliarse de nuevo al RPMPD a la demandante; se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que hubieren causado, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 ss.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 05 mayo de 1962; que empezó su vida laboral el 11 de julio de 1984, fecha en que se afilió al RPDPD; que el 23 de septiembre de 1997 se trasladó a las AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A.; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que los asesores de las AFP no le advirtieron de las desventajas del RAIS; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (fol. 108-109); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó con oposición señalando la demandante no probó ninguno de los vicios del consentimiento como lo son error, fuerza o dolo, ni demostró que esta cobijada por el régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fol. 117 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Contestó la demanda señalando que la vinculación de la parte demandante con la AFP Colpatria, fue libre y espontánea, después de haberle suministrado la información veraz y completa, tal como obra en formulario de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 167 y s.s.)

**7. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión indicó que si bien es cierto la AFP Porvenir no acreditó la debida asesoría al momento del traslado de la accionante; lo cierto es que la demandante no probó cuál era el perjuicio que se le estaba ocasionando, ni que iba a recibir una mesada inferior en el RAIS.

**8. Impugnación y límites del ad quem.** La demandante impugnó la decisión argumentando que existió una indebida valoración probatoria, que el elemento material probatorio si fue aportado por la demandante, como la historia laboral y los rendimientos financieros. Señala que el juez en primera instancia se aparta de los criterios jurisprudenciales en relación a la inversión de la carga de la prueba. Que el Juez no tuvo en cuenta sus argumentos para solicitar la nulidad del traslado. Que no aplicó debidamente la línea jurisprudencial de la CSJ y que al momento del traslado no se le brindó la información necesaria.

**9. Alegatos AFP Porvenir.** Indicó que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agregó que cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 23 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el

formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Nancy Estella Henao Rodríguez cotizó al ISS entre el 11 de julio de 1984 al 30 de septiembre de 2007, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones la cual se allegó en el expediente administrativo y que posteriormente, el 23 de septiembre de 1997, firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 38)

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información requerida a la señora **Nancy Estella Henao Rodríguez**, siendo claro que se equivocó el fallador de primera instancia cuando a pesar de encontrar que la AFP privada no brindó la información exigida a la demandante, absolvió a las demandadas bajo el argumento de que la demandante no había demostrado el perjuicio que se le había ocasionado, ni que su mesada iba a ser superior en el RPMPD como quiera que esto no es exigido ni por la ley ni por la jurisprudencia, lo que se exige es que la AFP demuestre que brindó la información, lo cual se repite no se probó.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si

le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Ni tampoco se exige que el afiliado demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio como equivocadamente se lo exige el fallador de primera instancia, pues se reitera lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 25 de agosto del 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora NANCY ESTELLA HENAO RODRÍGUEZ y, en consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

**SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

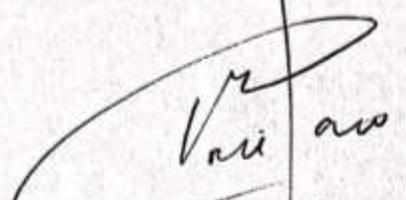
**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** JOSE ARISMENDI CABEZAS FERRIN  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-05-2019-00122-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA como apoderada principal de la AFP Porvenir, igualmente, se reconoce personería para actuar a la Dra. JUANITA ALEXANDRA SILVA TÉLLEZ como apoderada sustituta de la AFP Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** José Arismendi Cabezas Ferrin instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS por cuanto el mismo contiene vicios del consentimiento (error y dolo). Como consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones los saldos o aportes pensionales junto con los rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante; condenar a Colpensiones a recibir las sumas que le sean trasladadas, a recibir a la demandante en el RPMPD, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 77 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 14 de marzo de 1957, por lo que cuenta con 60 años de edad; que se afilió al ISS el día 20 de octubre de 1979; que se trasladó a la AFP PORVENIR el día 7 de abril de 1998; que ha logrado cotizar 1073 semanas; que los asesores de la AFP Porvenir le indicaron que tendría una pensión superior a la del RPMPD y que podría pensionarse a cualquier edad; que los asesores de la AFP Porvenir solo le indicaron las ventajas del fondo privado y no sus desventajas; que el día 27 de febrero de 2009 se trasladó al a AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN y que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol.96-97), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación tiene validez en tanto obra soporte de la misma, que la vinculación al RAIS se realizó de manera, libre, espontánea y voluntaria. No existe prueba dentro del expediente de la existencia de algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. (fol. 98 y s.s. y 197 y s.s. subsanación)

**4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A.** Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación es plenamente valida y eficaz y no existe justificación legal para que se declare la nulidad de la afiliación. Que no existe vicio del consentimiento en la afiliación a Protección. Que además la vinculación al RAIS se realizó de manera, libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, y la innominada o genérica. (fol. 121 y s.s.)

**5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.** Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que la afiliación del demandante tiene plena validez toda vez que el demandante no probó ningún vicio del consentimiento. Que el demandante se trasladó de forma libre y espontánea y mediando su consentimiento. Que si el actor hubiese sido diligente habría consultado la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (fol. 251 y s.s.)

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales incluye los rendimientos, frutos intereses y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario y que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

## **7. Impugnación y límites del ad quem.**

**7.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que la parte demandante omitió realizar las asesorías antes de trasladarse. Que su traslado horizontal da fe de su intención de permanecer en el RAIS. Que es deber del afiliado conocer situación particular y concreta de sus expectativas laborales para

acceder a un mejor derecho pensional, situación que se le escapa del conocimiento la AFP. Que se debe reprochar que el demandante no buscó trasladarse antes. Que la información de los diferentes regímenes estaba contenida en las normas por lo que era de común conocimiento.

**7.2. Apelación COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de no poder trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir la pensión. Que no se evidenció ninguno de los vicios del consentimiento. Que con el traslado del demandante se desfinancia el sistema. Que al demandante le es más favorable quedarse en el RAIS pues sólo cuenta con 1070 semanas. Que el negocio celebrado entre el demandante y las AFP privadas sólo genera consecuencias interpartes, por lo que no debe afectar a Colpensiones.

**8. Alegatos Colpensiones.** Solicitó se revoque sentencia de primera instancia, en la cual se declaró la Nulidad de Traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, teniendo en cuenta que, dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que el Sr. JOSE ARISMENDI CABEZAS FERRIN, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**9. Alegatos AFP Protección.** Indicó que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, por lo que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por la AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, amén que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. Dijo que asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos de la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, generaría una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrada la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia y/o nulidad de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.

**10. Alegatos demandante.** Adujo que la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, estuvo conforme a las pruebas allegadas con el escrito de demanda, las decretadas y practicadas por el despacho, los alegatos de conclusión y conforme a la absoluta ausencia de pruebas por parte de las demandadas para reafirmar su mero dicho de haberle dado toda la información que era relevante y necesaria para el traslado de régimen pensional.

**11. Alegatos AFP Porvenir.** Señaló que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Agregó que el juzgador pasó por alto, que además de la información otorgada al momento del traslado, la AFP otorgó información de manera oportuna al demandante durante la vinculación, es así que, por ejemplo, se le informó con suficiente antelación, que estaba próximo a verse inhabilitado para trasladarse al RPM, mediante comunicado de fecha

29 de diciembre de 2008 y en este sentido, se le informó los medios mediante los cuales podía recibir una asesoría al respecto, sin embargo, como está probado dentro del plenario, el demandante nunca, durante toda la vinculación, se preocupó por revisar sus condiciones pensionales, y solo hasta que estaba cercano al derecho pensional, decidió recibir asesoría, por lo que mal puede endilgársele una responsabilidad por omisión en la información, cuando es clara la renuencia del demandante a recibirla.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿la falta de información se sana con el traslado entre diferentes AFP del RAIS?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación y así lo declaró el fallador de primera instancia, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor José Arismendi Cabezas Ferrín cotizó al ISS desde 20 de octubre de 1979 al 31 de mayo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 37) y que se trasladó a la AFP

PORVENIR desde el día 7 de abril de 1998, conforme aparece en el formulario de afiliación a dicha entidad dicha entidad. (fl. 17) y que posteriormente, se trasladó a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN el 27 de febrero del 2009 tal y como se desprende formulario de afiliación. (fl. 36)

### **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **José Arismendi Cabezas Ferrini**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias

en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo y que las AFP no se relevan de su obligación de brindar la información a los afiliados por el hecho que dicha información se encuentre contenida en la Ley. Tampoco era obligación del demandante buscar información o asesoría, sino de la AFP brindarla al momento del traslado, por ello, lo que se revisa en estos casos es si la AFP brindó o no la asesoría al momento del traslado y no el número de semanas que llevaba cotizadas el actor.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS**

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio,

el afiliado requiere para tomar decisiones 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.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Finalmente, es necesario precisarle al apoderado de COLPENSIONES que en el presente caso no debemos revisar si el actor se encuentra o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, que prohíbe trasladarse de régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no estamos frente a una solicitud de traslado, sino de ineficacia del traslado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 6 de julio del 2020, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional que efectuó el señor JOSÉ ARISMENDI CABEZAS FERRINI, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A** que devuelva los **gastos de administración y comisiones** que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad.

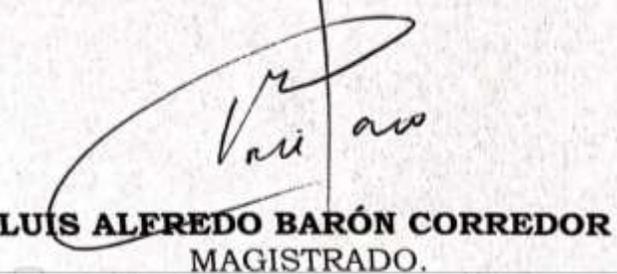
**TERCERO. -CONFIRMAR** en todo lo demás.

**CUARTO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LIGIA STELLA ARISTIZABAL VILLEGAS  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-08-2019-00572-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1.Demanda.** Ligia Stella Aristizábal Villegas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad de su afiliación al RAIS. Como consecuencia, ordene a la AFP PORVENIR que traslade a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; que se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen, a recibir a la demandante sin solución de continuidad, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 25 de diciembre de 1959; que se afilió al ISS el 20 de septiembre de 1985; que el 1° de noviembre de 1994 se afilió a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN; que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR; que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió inicialmente; que alcanzó a cotizar al ISS 475.24 semanas; que en el RAIS ha cotizado 1260 semanas; que cuenta con un total de 1735 semanas cotizadas; que la AFP PORVENIR no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que solicitó la nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 76), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPMPD al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 78 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP PORVENIR.** Manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación que se efectuó a la AFP PORVENIR fue producto de una decisión libre y voluntaria; que el documento de afiliación se presume auténtico; que las condiciones de afiliación, traslado, cotización, reconocimiento de prestaciones en cada régimen se encuentran contenidas en la Ley. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 102 y s.s.)

**5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN.** Me opongo a que se declare la ineficacia y nulidad del traslado de la demandante al RAIS toda vez que dicho acto fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro previsional y la genérica. (fol. 145 y s.s.)

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado al RAIS por la demandante; condenó a Colpensiones a admitir el traslado; condenó a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que le devuelva la AFP PORVENIR.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se aportó prueba de haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no bastaba con la firma del formulario.

## **7. Impugnación y límites del ad quem.**

**7.1. Recurso de apelación de la AFP PROTECCIÓN S.A.** Impugnó la decisión señalando que no está de acuerdo en que se condene a devolver el gasto del seguro previsional por cuanto el pago del mismo se realizó de manera mensual a una

aseguradora por mandato legal, para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia se procediera con el pago de la suma adicional necesaria. Que PROTECCIÓN está imposibilitada para recobrar dichas sumas o pagos y por tanto tendría que asumirlo de su propio patrimonio. Que los gastos de administración se utilizan para cuidar el bien administrado y que los rendimientos son producto de su buena gestión.

**7.2. Apelación AFP PORVENIR.** Impugna la decisión frente a los gastos de administración señalando que la Superintendencia Financiera de manera taxativa ha señalado que en los casos de ineficacia del traslado no se deben devolver los gastos de administración. Que conforme a lo dispuesto en el art. 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, no se habla de que se deban devolver los gastos de administración. Que se está generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que los gastos de administración no son valores que pertenecen al afiliado en ningún régimen.

**7.3. Apelación COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que el traslado se efectuó con cumplimiento de las normas vigentes para el año 1994. Que únicamente se exigía la suscripción del formulario de afiliación. Que para esa fecha no se exigía documentar la asesoría. Que no deben ser las mismas exigencias para los afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición, pues no se le está generando un perjuicio.

**8. Alegatos AFP Porvenir.** Sostuvo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agregó que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 26 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

**9. Alegatos Colpensiones.** Señaló que No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR, la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se

estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Ligia Stella Aristizábal Villegas cotizó al ISS entre el 20 de septiembre de 1985 al 31 de octubre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 13); que posteriormente, el 21 de octubre de 1994, firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 159) y que finalmente, se afilió a la AFP PORVENIR en octubre del 2001, conforme se evidencia en su historia laboral (fol. 26 y s.s.)

### **Carga probatoria y deber de información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones,

lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Ligia Stella Aristizábal Villegas**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Ni tampoco lo confesó la demandante al absolver su interrogatorio de parte.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse

que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Tampoco se exige que el afiliado demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, como equivocadamente lo entiende el apoderado de COLPENSIONES, pues se reitera lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes. Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al

régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

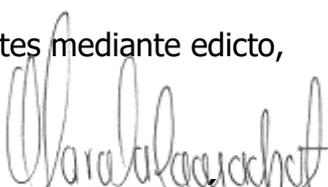
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 22 de septiembre del 2020, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN** que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la señora LIGIA STELLA ARISTIZABAL VILLEGAS por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, los cuales deberá devolver de su propio patrimonio.

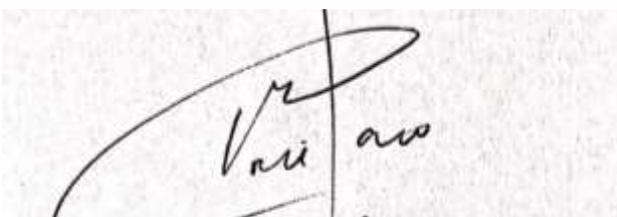
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** BESFANIA VIVAS HURTADO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP COLFONDOS S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-08-2019-00034-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. DANIELA PALACIO VARONA como apoderada de la AFP Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1.Demanda.** Besfanía Vivas Hurtado instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado al RAIS por no habersele proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse al RAIS incumpliendo con su deber de buen consejo. Como consecuencia, solicita se condene a la ineficacia del traslado al RAIS; se condene a la AFP PROVENIR a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES; a COLPENSIONES que acepte dicho traslado y que registre a la afiliada sin solución de continuidad. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS el 16 de febrero de 1983; que aportó a COLPENSIONES 634.86 semanas; que se encontraba afiliada al RPMPD a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que se afilió a la AFP COLFONDOS el 15 de febrero de 1996; que posteriormente se trasladó a la AFP

PORVENIR S.A.; que el asesor de la AFP COLFONDOS no le brindó la información necesaria al momento de su traslado; que solicitó la nulidad de su afiliación ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 118), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación que suscribió la demandante con la AFP COLFONDOS es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo brindó la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 139 y s.s.)

**4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL.** Manifestó que no se oponen ni se allanan a la nulidad de la afiliación, pues no tuvieron ninguna participación en el traslado de régimen. Que dicha entidad si brindó al demandante una asesoría integral y completa. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, innominada y la genérica. (fol. 162 y s.s.)

**5. Contestación de la AFP PORVENIR.** Se opone a que se declare la ineficacia del traslado al RAIS toda vez que el traslado se realizó conforme a los requisitos legales establecidos y sin mediar vicios en el consentimiento que invalide la afiliación de la demandante. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 209 y s.s.)

**6. Contestación de la AFP COLFONDOS.** Contestó oponiéndose a que se declare la ineficacia del traslado de régimen, como quiera que sus asesores le brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, y la genérica. (fol. 231 y s.s.)

**7. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de julio del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado al RAIS por la demandante; condenó a Colpensiones a admitir el traslado; condenó a la AFP actual a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que le devuelva la AFP y actualizar la historia laboral de la demandante.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se aportó prueba de haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no bastaba con la firma del formulario.

## **8. Impugnación y límites del ad quem.**

**8.1. Recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A.** Impugnó la decisión señalando que la demandante hizo múltiples traslados horizontales lo que denota un consentimiento y aceptación en relación de las condiciones y características del RAIS. Que no intervino en el traslado por lo que es un tercero de buena fe. que se revoque la devolución de administración. Que no es justo que la condena se imponga únicamente a dicha AFP. Que los gastos de administración se deberían entonces imponer de manera equitativa a todos los fondos en los que la demandante estuvo afiliada. Que los gastos de administración no son un monto que se descontó por mera liberalidad sino que se encuentra en la Ley. Que Colpensiones no habría generado los mismos rendimientos, pero si habría realizado los mismos descuentos por concepto de gastos de administración.

**8.2. Apelación COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que para la fecha en que se efectuó el traslado únicamente se requería firmar el formulario de afiliación. Que no se exigía documentar las asesorías. Que la demandante confesó que había realizado aportes voluntarios y que ella sabía que podía trasladarse a COLPENSIONES. Que una persona que realiza varios traslados dentro del RAIS demuestra claramente su intención de permanecer en el RAIS. Que no se le debe informar lo que este contenido en la Ley.

**9. Alegatos demandante.** Indicó que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora COLFONDOS S.A. le brindó una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el día 15 de febrero de 1996. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

**10. Alegatos AFP Porvenir.** Dijo que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con COLFONDOS, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Dijo que es claro que los traslados efectuados con posterioridad de manera horizontal por la demandante gozan igualmente de completa validez, en especial el de PORVENIR, en la medida en que dicha AFP brindó a la actora toda la información necesaria para que decidiera continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria. Adujo que actuó de buena fe al aceptar a la actora, toda vez que no podía rechazarla pues cumplía con los presupuestos mínimos de ley para ser considerada como posible afiliada de la entidad.

**11. Alegatos Colpensiones.** Adujo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora BESFANIA VIVAS HURTADO y la AFP OLD MUTUAL S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de

prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Se sana la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Besfanía Vivas Hurtado cotizó al ISS desde 16 de febrero de 1983 al 31 de marzo del 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 89); que posteriormente, el 15 de febrero de 1996 firmó formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS (folio 84), el 27 de junio del 2003 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR (fol. 217 reverso); que el 7 de julio del 2007 se trasladó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL (fol. 182) y que finalmente, se trasladó a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir nuevamente el 11 de julio del 2012, conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 217)

#### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Besfanía Vivas Hurtado**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien la demandante manifestó que realizó aportes voluntarios y que sabía que podía trasladarse a Colpensiones, como lo manifiesta dicha entidad en su apelación, lo cierto es que esto no es suficiente para entender que a la demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial, lo cual ni siquiera discute la AFP COLFONDOS entidad en la que se realizó el traslado inicial. Tampoco es cierto como lo pretende COLPENSIONES que por el hecho de estar en la ley las características y diferencias entre los regímenes las AFP se exima de brindar la información necesaria a sus afiliados al momento del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada entre diferentes AFP del RAIS,

debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que ni el hecho de que la demandante dentro del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni el transcurso del tiempo, tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Adicionalmente, como acertadamente lo indica la AFP PORVENIR en su apelación no es la única que debe devolver las sumas descontadas por concepto de administración, sino que debe condenarse a todas las AFP en las que estuvo afiliada la demandante.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

## Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 7 de julio del 2020 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a la **AFP COLFONDOS** y a la **AFP OLDMUTUAL** que trasladen a COLPENSIONES las sumas descontadas a la señora BESFANIA VIVAS HURTADO por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, los cuales deberán devolver de su propio patrimonio.

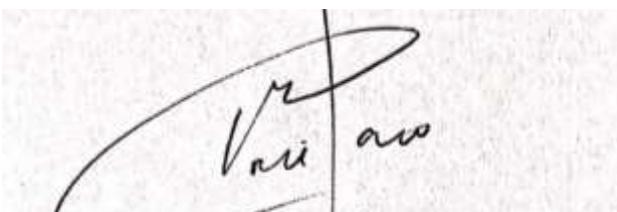
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ILIANA OSORIO GALINDO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A- AFP OLD MUTUAL  
**RADICACIÓN:** 1100131050-07-2019-00040-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES – AFP PORVENIR -AFP OLD MUTUAL  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTAMARIA como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Iliana Osorio Galindo instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare que las AFP privadas incumplieron con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna y comprensible a la demandante; que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS efectuada inicialmente a la AFP Porvenir y la efectuada posteriormente a la AFP Old Mutual. Como consecuencia, se ordene a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. Se ordene a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la demandante. Finalmente, pide que se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 4 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 9 de agosto de 1964; que inició sus aportes en el RPMPD el 27 de febrero de 1990; que se afilió a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir el 19 de abril de 2001; que posteriormente se afilió a la AFP Skandia hoy Old Mutual en el mes de octubre de 2005; que a la fecha en que se trasladó a la AFP OLD MUTUAL contaba con 41 años de edad; que al

momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 92-93); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (fol. 120 y s.s.).

**4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL.** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la información y asesoría suministrada por la AFP Old Mutual, al momento de la vinculación de la parte actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS. Que la actora ya venía de un fondo privado, perteneciente al RAIS y por ende conocía las condiciones pensionales en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fol. 153 y s.s.).

**5. Contestación del Ministerio Público:** Contestó la demanda señalando que, si le asiste a la demandante el eventual derecho, para que se declare la nulidad del traslado del régimen pensional. Que no fue asesorada debidamente primero por la AFP Porvenir S.A. y posteriormente por la AFP Old Mutual S.A. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción y la excepción genérica o innominada (fol. 313 y s.s.).

**6. Contestación de la AFP PORVENIR:** Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentado que la afiliación fue una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Que siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte actora. Que con la solicitud de nulidad se pretende desconocer la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fol. 393 y s.s.).

**7. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. Ordenó a la AFP Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al RPMPM, igualmente deben incluir todos los gastos de administración, comisiones y cualquier otro rubro o concepto que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante por los fondos demandados, mientras estuvo vigente la afiliación que se declara ineficaz al fondo Horizonte hoy

AFP Porvenir y a la AFP Old Mutual valores descontados que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD a la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que no importa si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

## **8. Impugnación y límites del a quem.**

**8.1. Recurso de COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante escogió de manera libre y voluntaria el régimen al cual quería estar afiliada, que los diferentes traslados entre el RAIS ratifican su voluntad en permanecer dentro del régimen de ahorro individual. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003 que impide el traslado de régimen cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión. Que no gozaba de una expectativa legítima, que no se configuran vicios del consentimiento. Que la obligación de dejar documentada la información brindada a los potenciales afiliados, sólo nació hasta la expedición de la ley 1748 de 2014. Que del interrogatorio deprecado y así como el material probatorio se desprende que no hubo daño inminente o un perjuicio irremediable. Que no sólo existían obligaciones de parte de las AFP, sino que también existían obligaciones de parte de la demandante, como lo son leer la información y verificar que la información sea veraz, como quedó demostrado no se acercó a Colpensiones a verificar si la información era cierta o no, y buscar la manera de retorno al régimen de prima media, sino que se limitó a atribuirle las cargas a las AFP. Que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Solicita se revoquen las costas y agencias en derecho. Que no se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia de unificación 062 del 2020. Que para la fecha del traslado bastaba con la firma del formulario. Solicita se revoquen las costas que le fueron impuestas.

**8.2. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A.** Inconforme con la anterior decisión, impugnó la decisión señalando que al momento de trasladarse de régimen la demandante no contaba con ninguna situación especial ni era beneficiaria del régimen de transición, que la demandante recibió información y características propias del régimen de ahorro individual, en sus distintos traslados de AFP, reiterando su intención de permanecer en el mismo. Que no hay lugar a la devolución de rendimientos financieros porque se estaría reconociendo la afiliación de la misma, generando un enriquecimiento sin justa causa. Igualmente señala que no hay lugar a la devolución de gastos de administración toda vez que no se probó ningún perjuicio por parte de la demandante. Que la Corte Constitucional declaró exequible la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Que la demandante recibió asesoría con posterioridad a su traslado. Que el formulario de afiliación al RAIS no fue tachado de falso.

**8.3. Impugnación de la AFP OLD MUTUAL S.A.** Interpuso recurso de apelación argumentando que no se deben devolver los gastos de administración, pues éstos

ya se causaron y, por tanto, se generaría un gran perjuicio a la sostenibilidad económica financiera y fiscal de la AFP Old Mutual. Que se debe ceñir a lo establecido en el Decreto 3995 del 2008 el cual establece que conceptos deben trasladarse, entre los cuales no se encuentran los gastos de administración. Que hay diferentes conceptos de la Superintendencia Financiera en la cual se afirma que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración. Que en el escrito de demanda no se solicitaron los gastos de administración. Que sobre los gastos de administración si opera la prescripción.

**9. Alegatos demandante.** Solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna a la demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

**10. Alegatos AFP Porvenir.** Dijo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agregó que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se itera es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 19 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

**11. Alegatos Colpensiones.** Indicó que de acuerdo a la documental allegada en el expediente, se infiere que la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando dicho acto de plena validez; igualmente, ni en la documental aportada ni en el interrogatorio practicado en la presente diligencia se logró probar la ineficacia del traslado o nulidad por falta de información. Tampoco se pudo avizorar ningún vicio del consentimiento, tal como el error la fuerza o el dolo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR, la AFP OLD MUTUAL y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la

accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Se sana la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Iliana Osorio Galindo cotizó al ISS desde 27 de febrero de 1990 hasta el 31 de mayo de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 36); que posteriormente, el 19 de abril de 2001 firmó formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir (folio 33) y que finalmente, se trasladó a la AFP Skandia hoy AFP Old Mutual el 21 de octubre del 2005, conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 65)

### **Carga probatoria y deber de Información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Iliana Osorio Galindo**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo,

lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante dentro del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni el transcurso del tiempo, tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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.

Siendo claro conforme se ha explicado, que no era la demandante como lo pretende el apoderado de COLPENSIONES, quien debía buscar asesoría, sino que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Sea lo primero indicarle al apoderado de la AFP OLD MUTUAL que no era necesario que el actor solicitara la devolución de los gastos de administración como quiera que son consecuencia de la ineficacia solicitada.

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria acertó el fallador de primera instancia al ordenar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes de la demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

### **Costas**

En cuanto a la solicitud de COLPENSIONES respecto a que se le exonere del pago de costas, debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP la condena en costas procede frente a la parte vencida en el proceso, máxime cuando dicha entidad se opuso a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, es necesario precisarle a los apelantes que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010 o tener en cuenta el D. 3995 del 2008 como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado. Siendo además claro que los conceptos de la Superintendencia financiera no son vinculantes y se reitera que esta Sala acoge en su integridad los lineamientos expuestos por nuestra CSJ.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR** que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la señora ILIANA OSORIO GALINDO por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, los cuales deberá devolver de su propio patrimonio.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** GLORIA ESPERANZA SOTOMAYOR ADRADA  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 1100131050-32-2019-596-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL como apoderada de la AFP Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Gloria Esperanza Sotomayor Adrada instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al RAIS en el año 2000. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar a Colpensiones los aportes; se ordene a Colpensiones se reactive su estatus como afiliada a dicha entidad como cotizante, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.; subsano fol. 23 s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en el año 1995 se afilió al ISS hoy Colpensiones; que debido a una falta de asesoría y vicio en el consentimiento se trasladó a la AFP Porvenir en el año 2000; que los asesores de las AFP no le advirtieron de las desventajas del RAIS; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de Colpensiones.** Contestó la demanda señalando que no se opone ni se allana a la pretensión encaminada a la declaratoria de la nulidad al RAIS por estar dirigida a una entidad diferente y que se opone a que se efectúe a dicha entidad el traslado de aportes, como quiera que no se ha demostrado la existencia de un error

de hecho que vicio el consentimiento de la demandante, que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fol. 43 y s.s.).

**4. Contestación de AFP PORVENIR S.A.** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y no hay lugar a realizar traslado de capital alguno a favor de Colpensiones; que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad de la afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe. (fol. 128 y s.s.).

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 24 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad a totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Juez se basó en que la demandada Porvenir S.A. no cumplió con la carga de la prueba; que no acreditó que le brindó la información a la demandante en las condiciones que ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ilustrando las características condiciones y acceso de los dos regímenes pensionales.

**6. Impugnación de la AFP PORVENIR S.A.** Inconforme con la anterior decisión, impugnó la decisión señalando que la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A. obedeció a una decisión, libre, espontánea sin presiones e informada, que en el presente caso se probó, que la demandante tenía conocimiento respecto a las condiciones y particularidades que le ofrecía el RAIS con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias de traslado de régimen pensional sólo nace a partir de lo señalado en el artículo 3º del decreto 2071 del 2015 aproximadamente 15 años después de que la demandante realizó el traslado régimen pensional. Además, señaló que no se debe ordenar la devolución de cuotas de administración, las cuales han sido utilizados para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y cubrir las contingencias de muerte o enfermedad. Que el traslado se hizo conforme lo dispone el Decreto 120 de 1994 y el Decreto 692 de 1994. Que luego de recibir la asesoría firmó el formulario el cual no fue tachado de falso. Que la Superintendencia Financiera ha manifestado que al declararse la ineficacia del traslado deben hacerse restituciones mutuas y no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración.

**7. Impugnación de COLPENSIONES.** Interpuso recurso de apelación manifestando que no se evidenciaron vicios del consentimiento o dolo. Que la demandante no tenía

una expectativa legítima al momento del traslado como quiera que le faltaban más de 750 semanas y más de 20 años para acceder a la pensión de vejez. Que en el año 2000 los fondos, solo tenían obligación de brindar la información sobre las condiciones del traslado. Que existió un desinterés por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decidió seguir continuando cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria. Que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que su mayor motivación es el monto de su mesada. Que la demandante no logró probar que se le haya brindado una información equivocada, siendo su carga probatoria.

**8. Alegatos AFP Porvenir.** Dijo que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Agregó que, el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto de desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad, toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del

cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gloria Esperanza Sotomayor Adrada cotizó a al ISS desde 6 de octubre de 1994 hasta el 31 de agosto de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 85) y que en septiembre del año 2000 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en la certificación expedida por la AFP PORVENIR (fol. 148) y en el formulario de vinculación (fol. 177 y 178).

### **Carga probatoria y deber de Información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo señala el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Gloria esperanza Sotomayorr Adrada**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien es cierto la demandante al absolver su interrogatorio de parte refiere que al momento del traslado el asesor le informó que el ISS se iba acabar; que tendría derecho a una mesada superior en el RAIS; que el fondo privado tenía mejores condiciones, que la tasa de rendimiento iba a ir creciendo y por tanto iba a tener rendimientos y que sabía los requisitos para pensionarse en el RPMPD; lo cierto es que esto no es suficiente, como quiera que en ningún momento la demandante confesó haber recibido la información exigida por nuestra CSJ relacionada con las ventajas y desventajas, para entender que se le brindó la información suficiente.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta

declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal 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 y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

Finalmente, es necesario indicarle al apoderado de la AFP PORVENIR que los conceptos de la Superintendencia financiera no son vinculantes y se reitera que esta Sala acoge en su integridad los lineamientos expuestos por nuestra CSJ.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

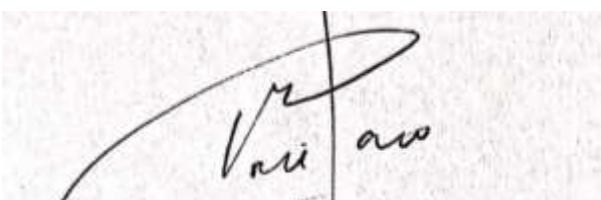
**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de septiembre del 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** LUÍS EDUARDO RAMÍREZ LÓPEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-28-2018-00514-01  
**ASUNTO:** CONSULTA DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

#### **AUTO**

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

#### **SENTENCIA**

##### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Luís Eduardo Ramírez López instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el ISS hoy Colpensiones le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución N° 013841 del 2009 a partir del 28 de abril del 2009, por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; que contrajo matrimonio con la señora Flor de María Saavedra el 2 de marzo de 1978; que convive con su cónyuge bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa; que su cónyuge depende económicamente de él; que solicitó el incremento deprecado sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 22-23), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el derecho reclamado es inexistente a la luz de la sentencia de unificación 140 del 2019. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho, incompatibilidad intereses moratorios e indexación, prescripción, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fol. 25 y s.s.)

**4. Fallo De Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 12 de noviembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 41 y s.s.)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la corte constitucional y por tanto el actor no tiene derecho al reconocimiento del incremento deprecado pues su pensión fue reconocida en virtud del régimen de transición y para el momento en que le fue reconocida los incrementos se encontraban derogados.

**5. Alegatos demandante.** Indicó que al haberse reunido los presupuestos para gozar del derecho al incremento pensional y al considerar que no es posible aplicar retroactivamente la SU-140 de 2019, se deben reconocer todas y cada una de las peticiones del libelo introductorio.

**6. Alegatos Colpensiones.** Dijo que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que "*Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...*"; (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden. Agregó que la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, a través de Auto del 23 de mayo de 2018, comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU 310 de 2017, al considerar que se omitió el análisis de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Carta Superior, que establecieron un Sistema General de Pensiones con unos mismos requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad financiera, lo cual resulta de gran trascendencia al momento de hacer referencia al derecho fundamental de la seguridad social en material pensional.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si

el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y si los mismos se encuentran prescritos?

### **VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesorio a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra

Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

### **RESPECTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Luís Eduardo Ramírez López, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 013841 del 27 de marzo del 2009 a partir del día 28 de febrero del 2009 (fl. 15), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

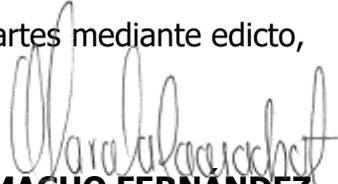
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

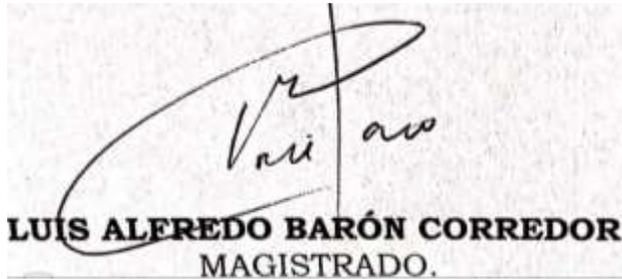
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva voto*



**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** MISRRAIN QUINTERO BERDUGO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**RADICACIÓN:** 1100131050-37-2019-00450-01  
**ASUNTO:** CONSULTA DEMANDANTE  
**TEMA:** INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, catorce (14) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

### AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Misrrain Quintero Berdugo instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% por persona a cargo, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudas y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que mediante la Resolución N° 4394 del 2008 le fue concedida pensión de vejez por el ISS, por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; que no se le ha reconocido, ni pagado el incremento deprecado; que esta casado con la señora Doris Torres de Quintero quien depende económicamente de su cónyuge y es su beneficiaria en el régimen de seguridad social en salud; que su cónyuge no recibe ninguna pensión y depende económicamente de él; que solicitó ante Colpensiones el incremento deprecado, sin obtener una respuesta favorable.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 30), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de COLPENSIONES.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el incremento

deprecado se encuentra prescrito conforme lo tiene sentado la CSJ. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fol. 31 y s.s.)

**4. Fallo De Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 20 de agosto del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 52 y s.s.)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que en el proceso se demostró que el demandante tiene cónyuge que depende económicamente de él y no recibe pensión; sin embargo, el derecho a reclamar el incremento se encuentra prescrito.

**5. Alegatos Colpensiones.** Dijo que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que (i) el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que "*Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales...*"; (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden. Agregó que la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Carta Política, a través de sentencia SU 140 de 2019 concluyó que salvo se trate de derechos adquiridos con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y sí los mismos se encuentran prescritos?

### **VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que

fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte

integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

### **RESPECTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno

de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Misrrain Quintero Berdugo, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No 004394 del 29 de enero del 2008 a partir del día 1° de febrero del 2008 (fl. 25), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

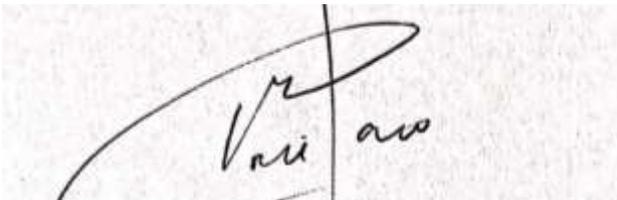
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de agosto del 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado  
*Salva voto*

  
**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*