



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ELIDA YAZMIN ABRIL GARCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó el 6 de abril de 1995 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y la posterior afiliación a PORVENIR S.A., por falta al deber de información.

Por consiguiente, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, intereses, bonos pensionales y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES la afilie en el régimen que administra sin solución de continuidad y contabilice en su historia laboral las semanas cotizadas en los fondos privados que fueron convocados a juicio. Por último, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 16 de marzo de 1974. Igualmente, refirió que el 6 de abril de 1995 se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A., mediante solicitud de vinculación No. 447017, añadió que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del asesor del fondo privado, en tanto, no le brindó información sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía la suscripción del formulario de afiliación al RAIS.

Igualmente, sostuvo que no la ilustró sobre los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ambos regímenes, como tampoco realizó proyecciones pensionales en ambos escenarios y tampoco le informó acerca de la prohibición de trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para pensionarse. Asimismo, aduce que en junio de 1999 se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., administradora que incurrió en las mismas falencias del fondo anterior, y que el 14 de febrero de 2000 nuevamente se trasladó a COLFONDOS S.A. Por último, expuso que en abril y mayo de 2022 agotó la vía gubernativa ante

COLPENSIONES, e igualmente, solicitó a COLFONDOS la nulidad del traslado de régimen pensional. (f. 1 a 12 archivo 1)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que no existe una causal legal para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a ese fondo, no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, ya que brindó una información clara y completa conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993, luego, no proceden las demás suplicas que se invocan.

Formuló como medios exceptivos los de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción. (f. 3 a 24 archivo 11)

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que la afiliación a ese fondo se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección; añadiendo que los asesores de ese fondo le brindaron una asesoría íntegra y completa, respecto de las implicaciones, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder a la prestación de vejez en uno y otro régimen pensional.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. y validez de la vinculación inicial al sistema general en pensiones específicamente al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. (f. 3 a 22 archivo 12)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por auto de 21 de septiembre de 2023, el Juzgado de origen dispuso tener por no contestada la demanda a COLPENSIONES. Decisión que repuso mediante proveído de 22 de febrero de 2024, en consecuencia, tuvo por contestada la demanda a esa entidad. (archivos 14 y 29)

En virtud de lo anterior, se tiene que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio, aduciendo que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-062 de 2010, que analizaron el artículo 2º de Ley 797 de 2003, que regula la posibilidad de traslado de régimen pensional, prohibición en la que se encuentra inmersa en la actualidad.

Como excepciones propuso la que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 44 al 63 archivo 15)

En otro giro, se advierte que, en el auto de 21 de septiembre de 2023 el *a quo* aceptó el llamamiento en garantía que elevó COLFONDOS S.A., respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, las aseguradoras deben reembolsar los valores pagados por concepto de seguros previsionales. (f. 144 a 149, 216 a 221, 425 a 430 y 476 a 481 archivo 12 y archivo 14)

En esa medida, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda principal, arguyendo que las pretensiones de la demanda no están encaminadas a un reconocimiento pensional derivado de los riesgos de invalidez o muerte pactados en póliza con el fondo privado, sino que las pretensiones se erigen a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como excepciones en contra de la demanda las de imposibilidad de solicitar la declaratoria de ineficacia de afiliación al RAIS cuando la demandante nunca presentó afiliación al RPMPD; afiliación libre y espontánea de la actora al RAIS, el error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición de traslado del RAIS al RPMPD, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad de la afiliada de permanecer en ese régimen y consigo se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, prescripción, buena fe y genérica o innominada.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso, sosteniendo que la jurisprudencia ha sido clara en sostener que son los fondos los que deben asumir con cargo a su propio patrimonio el porcentaje destinado a pagar el seguro previsional.

Como excepciones ante el llamamiento en garantía, propuso las de inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de obligación a cargo de esa aseguradora por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado, la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia de traslado o afiliación no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido. (f. 3 a 40 archivo 19)

Por su parte, SEGUROS BOLIVAR S.A se opuso a las pretensiones de la demanda principal, indicando que los traslados obedecieron a una decisión libre y voluntaria de la demandante y no se acreditó el supuesto incumplimiento al deber de información que se alega.

Propuso como excepciones respecto de la demanda las de los traslados de régimen pensional de la demandante obedecieron a una elección libre,



espontánea y voluntaria de su parte, inexistencia de prueba sobre el incumplimiento al deber de información y la genérica.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que las pretensiones de la demanda no tienen relación con el llamamiento en garantía. Como excepciones de mérito frente al llamamiento propuso las que nombró como ausencia de cobertura material de las pólizas previsionales expedidas por BOLÍVAR, la obligación de pago de los valores utilizados en seguros previsionales está a cargo de la administradora de fondo de pensiones, inexistencia de obligación de devolución de las primas devengadas, falta de legitimación en la causa por pasiva de bolívar y genérica. (f. 2 a 8 y 9 a 19 archivo 22)

A su turno, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., ni se opuso ni se allano a las pretensiones de la demanda, ateniéndose a lo contestado por su llamante, y no propuso excepciones frente a la demanda.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que las pretensiones de la demanda no tienen relación con el llamamiento en garantía, dado que el único objeto del seguro previsional regulado en los artículos 20, 60, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que en caso de realizarse el riesgo se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Propuso las excepciones que llamo, el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto la AFP COLFONDOS S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a

la llamante y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 20 archivo 23)

Por último, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía indicando que no cumplen los requisitos del artículo 64 del C.G.P. y a las pretensiones de la demanda, refiriendo que carece de obligación ya que los hechos y pretensiones de la demanda no guardan relación con el objeto del seguro previsional contratado por la llamante. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (f. 3 a 29 archivo 25)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de mayo de 2024, resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR la ilegalidad de la afiliación verificada por la señora ELIDA YAZMIN ABRIL GARCÍA con destino a la AFP COLFONDOS S.A. con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 06 de abril de 1995. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas pertinentes con el fin de reactivar en el RPMPD la afiliación de la demandante como si nunca se hubiera desvinculado, y tendientes a trasladar con destino al RPMPD la totalidad de recursos integralmente percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS durante el tiempo que permaneció vinculada ilegalmente a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma indicada en la sentencia.

Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagarán los eventuales saldos insolutos con cargo a recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A en proporción al tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras. Lo anterior, sin lugar a deducciones de naturaleza alguna.

Cabe anotar que, de subsistir saldos, luego de estas operaciones, en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los valores respectivos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y, estima el Despacho que, en las condiciones del trámite no hay lugar a declarar probado algún medio exceptivo en particular.

CUARTO: Sin costas en la instancia.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de instancia expuso en síntesis que obraba en el informativo una afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS el 6 de abril de 1995, sin que se reportara que tenían una vinculación anterior al ISS o alguna Caja de Previsión, además, obra una afiliación a COLPATRIA y posteriormente su retorno a COLFONDOS donde actualmente se encuentra afiliada. De la misma forma, del interrogatorio de parte que rindió la actora, ésta sostuvo que previo a la vinculación al fondo privado estuvo afiliada a COLPENSIONES.

A continuación, hizo referencia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y del deber de información que recae en cabeza de las AFP, acotando que según lo indicado por la actora, en su afiliación inicial al RAIS no medió la intervención de un asesor del fondo privado, escenario en el que no se puede hablar de una omisión del deber de información en tanto no estuvo siquiera presente un representante de la misma al momento de la vinculación, circunstancias que no se ajustan a la reiterada de la jurisprudencia frente a la ineficacia del traslado, luego no habría lugar a la prosperidad las suplicas de la demandas.

Sin embargo, resaltó el Juez de instancia que la demandante estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde febrero de 1995 y para el mes de abril del mismo año operó un traslado al RAIS, traslado abiertamente ilegal por no respetar la obligatoriedad de permanecer en el régimen por un término de 3 años, conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, señaló el *a-quo* que en el caso de marras se presentó una violación flagrante al límite de permanencia mínimo que debía garantizar la accionante en el régimen de prima media con prestación definida, al que legalmente estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliada desde febrero de 1995, razón por la cual, a fin de retrotraer los hechos antes de la afiliación al RAIS, en consecuencia, declaró de oficio la ilegalidad de la afiliación de la demandante con la AFP COLFONDOS para el mes de abril de 1995, al mediar vulneración de las restricciones temporales de movilidad que en su momento reguló la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994.

Bajo tal escenario, declaró la ilegalidad de la afiliación de 6 de abril de 1995 de la demandante a COLFONDOS y en consecuencia ordenó a COLPENSIONES a realizar el registro de afiliación de la actora a partir del mes de febrero de 1995, y a COLFONDOS y PORVENIR retornar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos integralmente percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS debidamente indexados en la forma que explicó en la sentencia, durante el tiempo de permanencia en dicho régimen.

En cuanto a los llamamientos en garantía, expresó el juzgador de instancia que, al mediar una afiliación ilegal, son las AFP quienes deben asumir las consecuencias de la misma, por tanto, no podría obligar a las aseguradoras a retornar el valor de las primas de seguros previsional, así las cosas, no hay lugar a imponer alguna carga a las aseguradoras llamadas en garantía. Por último, declaro no probadas las excepciones y no condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Al respecto, solicita se aplique los artículos 361 y 365 del C.G.P. para que se condene en costas a las accionadas en su favor.

PORVENIR en su alzada, señala que no hay motivo para condenarla a retornar dineros diferentes a aportes y rendimientos, como lo son los gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que estos hacen parte de la cuota de administración destinada por la Ley 100 del 1993 y retornarlos a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Acotando que los gastos de administración fueron debidamente ejecutados por ese fondo durante el tiempo de vinculación de la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otro lado, aduce que la prima de seguros previsionales aportada a la aseguradora, ya no se encuentra en su patrimonio y cumplieron su destinación a favor de la demandante. En cuanto a los recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, expone que no debe ser condenada a retornarlos con cargo a sus propios recursos. Frente a la indexación, arguye que es una doble condena en el sentido que supondría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por lo que solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de instancia.

COLPENSIONES en su alzada, solicita se modifique la sentencia de instancia, en el sentido de que se debe ordenar la devolución de los aportes junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y discriminados conforme a lo dispuesto en la sentencia SL2369 de 2022. Además, solicita que se adicione la sentencia, en el sentido de especificar que la obligación de COLPENSIONES queda sujeta al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP, respecto de la devolución de aportes y a la migración del archivo con la información detallada de la demandante hacia esa entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud de los recursos de apelación interpuestos y del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en que también se estudia el asunto, la Sala deberá analizar como problema jurídico principal si el traslado efectuado por la por intermedio de COLFONDOS S.A., debe estudiarse a la luz de la ineficacia del traslado, contrario a lo determinado en primera instancia y en caso de prosperar tal solicitud, se

verificará la procedencia de las demás pretensiones de la demanda; o, si por el contrario, se presentó una prohibición del traslado bajo los lineamientos dispuestos en el Decreto 692 de 1994.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En este punto, pertinente y trascendental resulta indicar el precedente jurisprudencial emanado por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 107 de 2024, criterio que a juicio de la Sala se acoge en lo sucesivo, donde ese órgano de cierre determinó unas reglas de análisis respecto al estudio probatorio frente a la ineficacia del traslado de aquellos afiliados que efectuaron el cambio de régimen pensional con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009; al respecto se expuso:



“329. Por ello, en contraste con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se dispondrá que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deberán tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, puede:

(i) Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.

(ii) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones. En ese propósito, el juez debe procurar la obtención de todas las pruebas que requiera, acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso: “(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes”, y a las demás que considere necesarias. De hecho, el artículo 51 del CPTSS dispone que en el proceso laboral “[s]on admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”. Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.

(iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.

(iv) En lo relativo a las pruebas documentales, el juez puede oficiar para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación. En ese formulario, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 -artículo 11-, pueden encontrarse leyendas preimpresas en las que normalmente se señala “que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”. Esta Corte entiende que esa sola prueba no demuestra, per se, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas. En ello le halla razón a la Corte Suprema de Justicia. Con todo, en criterio de esta Corte, dicho formulario debe ser una



prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen. Igualmente, en materia de documentos, los jueces pueden solicitar de oficio a la AFP la carpeta administrativa del accionante para establecer si de allí pueden extraerse elementos de juicio que permitan identificar si la persona fue informada o no.

(v) Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a partir de las cuales pueda sostenerse -más allá de toda duda- que la información realmente se entregó, corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.

De conformidad con lo indicado en el artículo 59 del CPTSS, el juez puede “ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos”. En este ejercicio el juez puede, comunicando a las partes sobre las consecuencias de faltar a la verdad, pedirles que informen sobre las circunstancias en que se entregó la información, sobre las razones que los asesores de las AFP suministraron en ese momento y que motivaron el traslado final, sobre la forma en que se prestó asesoría (si se hizo en una reunión o de manera individual), etc. En este ejercicio podría, inclusive, obtenerse alguna confesión por parte del demandado o del demandante.

(vi) Igualmente, los testimonios pueden ser fundamentales. Específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS. Como lo dispone el artículo 221 -numeral 3- del CGP, en este supuesto el juez puede exigir “al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento”. Luego de ello podrá valorar si lo dicho por el testigo puede tener mayor o menor valor probatorio.

(vii) A su turno, el juez puede tener en cuenta diversas pruebas indiciarias que, en cualquier caso, también deberán analizarse en conjunto con los demás elementos probatorios aportados, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

(viii) Finalmente, el juez también podría, excepcionalmente, invertir la carga de la prueba, más no como único recurso. La inversión de la carga de la prueba no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos (como lo ordena la Corte Suprema de Justicia), pero, al mismo tiempo, tampoco puede ser prohibida. En efecto, no se debe usar esa posibilidad cuando con las pruebas debidamente aportadas, decretadas, practicadas y valoradas se logra demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda. Pero puede



sucedan que, en casos excepcionales, el juez esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de probar los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones o en un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad.

330. En estos últimos escenarios podría pensarse en invertir la carga de la prueba. Para ello, debe aceptarse que el derecho procesal laboral no puede obviar las diferencias notorias que, en algunos casos, existen entre las partes que se enfrentan. De allí que corresponda al juez implementar medidas, dentro del propio proceso, tendientes a que dicha desigualdad de armas se atempere, y que el afiliado no resulte afectado por la imposibilidad de aportar pruebas al proceso para demostrar los hechos que le sirven de Expedientes AC: T-7.867.632 y otros M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar 108 causa a sus pretensiones. En efecto, la imposición desproporcionada de cargas probatorias al afiliado puede derivar en el desconocimiento de su derecho al debido proceso o en el acceso efectivo a la administración de justicia.

331. En este escenario, la inversión de la carga de la prueba encuentra fundamento no solo en el artículo 167 del Código General del Proceso, sino en que: a) el juez tiene el deber imperioso de fallar y para ello debe resolver previamente las dificultades probatorias; b) el derecho procesal laboral tiene una naturaleza proteccionista o tuitiva con la parte que se considera débil; y, c) el demandado tiene el deber de colaborar en el proceso para reconstruir los hechos de manera adecuada. Este último deber se desprende de la propia Constitución (artículo 95.7).

332. En suma, las partes deben aportar al proceso todas las pruebas que estén a su alcance y que siendo necesarias, pertinentes y conducentes para la resolución del litigio el juez debe decretar y practicar, al tiempo que el juez debe hacer uso de sus poderes o facultades oficiosas en materia probatoria para lograr desentrañar la verdad de lo ocurrido. En ese contexto, la inversión de la carga de la prueba puede ser excepcionalmente una opción de la que puede hacer uso el juez, pero no la única herramienta probatoria para desentrañar los hechos ocurridos y con ellos la verdad que le permitan luego de su valoración conforme a las reglas de la sana crítica resolver los casos sometidos a su escrutinio y decisión. En otras palabras, tanto las partes como el juez deben contribuir a la reconstrucción de los hechos, haciendo uso de las herramientas que conforme a las reglas constitucionales del debido proceso ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP. En criterio de esta Corte, esta regla supone que, en ningún caso, se podrá despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes, y para valorarlas al momento de analizar y resolver las pretensiones o las excepciones propuestas. En efecto, luego de haber recabado todos los medios de prueba que considere útiles, pertinentes, necesarios y conducentes, el juez debe conforme a las reglas de la sana crítica, proceder a valorarlos con el objeto de resolver los casos donde se discuta la ineficacia de traslados hechos del RPM al RAIS.

333. Estas reglas probatorias debe usarse en todos aquellos procesos que siguen su curso actualmente, y en todos aquellos que se inicien con posterioridad.”

Ahora bien, en el *sub-examine* se encuentra que según el reporte de semanas cotizadas que aporta COLPENSIONES, indica que la gestora se afilió a esa administradora el 8 de marzo de 1995, reportando 8.86 semanas en el lapso comprendido entre febrero y abril de 1995, los que aparecen con anotación de pago aplicado al periodo declarado, además, se indica que el estado de la afiliación es asignado al RAI por Decreto 3995/2008, (f. 2 a 6 archivo 13)

De otro lado, del examen de la Historia Laboral Consolidada que allegan PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., debe destacarse que no se evidencian las cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS, como ya se explicó. Igualmente, en la certificación SIAFP expedida por ASOFONDOS se encuentra como vinculación inicial la de COLFONDOS S.A. el 6 de abril de 1995, la que se hizo efectiva en esa misma calenda, a su vez aparece reportada la afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR el 26 de mayo de 1999 y el retorno nuevamente a COLFONDOS S.A. el 14 de febrero de 2000. (f. 14 a 31 archivo 01, f. 68 a 73 archivo 11 y f. 23 archivo 12)

En esa medida, lo que se puede inferir es que el traslado de régimen que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media con prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., se dio el 6 de abril de 1995.

En tal sentido, a fin de *“desentrañar la verdad de lo ocurrido”* como lo refiere la Corte Constitucional en la sentencia citada, es menester exponer las exigencias de limitación reguladas en la Ley 100 de 1993 en cuanto a los términos de prohibición legal de traslados entre regímenes pensionales (RPM y RAIS), las cuales a su vez tuvieron inicio con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11 - inciso final, 15 – inciso 1, y 17, que a la letra rezan:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

“(…)

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

“Artículo 15. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior”.*

“Artículo 17. Múltiples vinculaciones. *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”*

Bajo este escenario, puede colegirse que las personas vinculadas al antiguo ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar a dicha entidad en cualquier tiempo, pero para aquellas personas que seleccionaran el régimen pensional después del 1º de abril de 1994, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía la prohibición legal de trasladarse durante un interregno de tres años.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL214-2020, Radicación No. 73134 del 5 de febrero de 2020, efectuó un análisis lo anteriormente argüido donde asentó:

“De las disposiciones transcritas se colige que la múltiple vinculación se produce, entre otros eventos, cuando el afiliado a uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, se traslada entre estos por fuera del plazo legal previsto en el ordenamiento jurídico para tal fin, de allí que es oportuno tener en cuenta que: i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo y; ii) para las personas que seleccionen el régimen pensional, después del 1º de abril de 1994, solo es posible el traslado luego de transcurridos tres años, término modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para prever un plazo superior de cinco años.

“Ahora bien, al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en caso de que el afiliado cambie de régimen pensional antes de los términos legales previstos, será válida, exclusivamente, la última



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vinculación que cumplió con el tiempo mínimo de permanencia. Así se señaló en la sentencia CSJ SL4777-2019, en la que se recordó que:

“[...] Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.”

Así las cosas, como se reiteró en precedencia, la señora ELIDA YAZMIN ABRIL GARCÍA se afilió inicialmente al sistema general de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS por lo menos en inicio 8 de marzo de 1995, efectuando el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el 6 de abril de 1995, es decir, que dicho traslado lo llevó a cabo sin que hubiese transcurrido el término de ley; luego, es diáfano que no estamos en presencia de una afiliación inicial al RAIS, evento en el cual no procedería la ineficacia del traslado, tal como se ha dicho en reiterada jurisprudencia, entre otras en sentencia SL4211-2021.

Por tal razón, puede colegirse que la afiliación de la actora al RAIS fue ineficaz, como quiera que se hizo por fuera de las prerrogativas dispuestas en el Decreto 692 de 1994, pues al haber realizado cotizaciones a partir del 1º de diciembre de 1996, debió haberse respetado la permanencia de los tres años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cobrara plena validez, aspecto que no demuestra situación en contrario de conformidad con el análisis realizado.

Es por ello, que en ningún momento le ha asistido derecho a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. para tener como afiliada a la actora en el régimen privado desde el año de 1995 y hasta la actualidad, cuando no se respetaron los términos de temporalidad dispuestos en la Ley, entendiéndose así claramente que la demandante no debió ser trasladada, ni mucho menos que ambas encartadas hubiesen pretermitido lo de su cargo.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, señala al respecto:

“191. Así las cosas, la Corte dispuso que los jueces de la República, que deban resolver sobre la validez de las afiliaciones o de los traslados entre regímenes, deberán, en primer lugar, revisar “la existencia de información por parte del empleador –de la necesidad de afiliarse– y de asesoría brindada por parte de la administradora de fondo de pensiones. Posteriormente deberá verificarse que la persona haya manifestado su voluntad de afiliarse en un régimen, así como de trasladarse de uno a otro.” Luego de verificado lo anterior, en segundo lugar, deben estudiar las reglas de la multi vinculación y, con ellas, determinar a qué fondo pertenece la persona. Para esto habrán de seguirse los enunciados normativos contenidos en el Decreto 692 de 1994 y en el Decreto 3995 de 2008, así como aquellas reglas dispuestas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

“[...]

*“La Sala Plena reitera la tesis aplicada en la Sentencia T-191 de 2020, pues es claro que, **si un traslado se hizo sin que se le proporcionara debidamente la información a la persona, el mismo debe ser declarado ineficaz. Y si el traslado es ineficaz desde un inicio, no se habrá incurrido en el fenómeno de la multi vinculación.** Esta lectura tiene sentido, porque, si se analiza primero el escenario de la multi vinculación antes que el de la ineficacia, podría validarse un traslado respecto del cual nunca se ilustró a la persona, aplicando, por ejemplo, el Decreto 3995 de 2008, lo cual comprometería seriamente el derecho a la libertad de elección con que cuentan los usuarios del sistema de pensiones.*

En ese orden de ideas, se advierte que confrontado el caudal probatorio que fuese acreditado en juicio por todos los sujetos que integran el contradictorio, debidamente decretado, no se aprecia algún medio de convicción suficiente que permita demostrar que la AFP con la que la actora realizó el traslado primigenio al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1995, hubiese llevado a cabo una asesoría con los pormenores mínimos de información sobre el régimen privado, como tampoco las ventajas y desventajas que existían entre este y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Esto teniendo en cuenta que la demandante ELIDA YAZMIN ABRIL GARCIA en el interrogatorio de parte que depuso, en suma, refirió que en inicio estuvo afiliada al ISS en 1995 y que más por un favor que pidió uno de los directivos de la empresa en donde laboraba se afilió a COLPATRIA en ese mismo año 1995, ya que éste tenía un allegado que laboraba en la administradora de pensiones, ocasión en la que estuvo presente un funcionario de COLPATRIA, pero no les dio más información, de otro lado, refirió sobre su afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS que no se le

indagó si antes había estado afiliada a otro fondo y que no estuvo presente un asesor de ese fondo privado.

Dimana de lo expuesto, que no se advierte confesión alguna de la actora sobre una asesoría ajustada a derecho para la conformación del supuesto de que trata el artículo 191 del C.G.P., incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de la AFP. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., 176 y 242 del C.G.P. según las reglas para el análisis probatorio expuestas por la Corte Constitucional.

Y es tan así, que como lo regulan ambas Cortes, no puede atenderse el formulario de afiliación de cambio de régimen pensional que contiene leyendas como *“que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas similares, para la demostración de una asesoría necesaria acerca de los pormenores que condujeran a que el potencial afiliado en su momento hubiese sido informado de aspectos mínimos que repercutirían la consecuencia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas, la Sala concluye que contrario a lo decidido por el fallador de instancia en el presente asunto es dable declarar la ineficacia del traslado y no la ilegalidad de la afiliación, en consecuencia, se **modificará** la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado que realizó la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 6 de abril de 1995,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

junto con los posteriores traslados horizontales que realizó por medio de PORVENIR S.A. y COLFONDOS nuevamente.

En cuanto al principio de sostenibilidad financiera, la Corte Constitucional en la mentada sentencia SU – 107 de 2024, efectuó un análisis sobre lo pertinente, concluyendo que *“en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada”*, así lo asentó en sus acápites de consideración:

“299. En relación con estas 25 modalidades de devolución, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron.

300. De acuerdo con la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan hacen que mes a mes se pague el respectivo seguro para cubrir ya sea el riesgo de invalidez o de muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, la Corte recordó que en relación con la distribución de la cotización obligatoria que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Así entonces, la Corte explicó que la forma en la que se financia una pensión de invalidez en el RAIS, de acuerdo con el inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, así:

“6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen

a la persona.

“Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior.”

301. En cuanto a los gastos de administración, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, esta Corte ha expresado frente a los mismos gastos de administración en salud “que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.”²⁹⁶ Ahora es de resaltar, que esta utilidad por la administración en pensiones tiene un impacto incluso para determinar a qué fondo pertenece un afiliado. Por ejemplo, en la Sentencia T-266 de 2023 la Corte amparó los derechos de una afiliada a la que Colpensiones le negó el traslado por considerar que no se encontraba en su aplicativo de traslados. En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión concluyó que operó la figura de la afiliación tácita: “(i) por la actitud que tuvo la administradora al aceptar, sin reparos, el traslado de la actora; (ii) porque (la entidad accionada) ha recibido sus aportes hasta la actualidad y durante un lapso prolongado; y (iii) porque cuando se solicitó el traslado de régimen, solo se había trasgredido la prohibición del artículo citado en este párrafo por dos meses... (la entidad accionada) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social de la (accionante) cuando negó el reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo.”

302. Por su parte, en la Sentencia C-687 de 2017 la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad de un ciudadano que alegaba que la imposición de la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima -FGPM- desconocía el derecho a la seguridad por cuanto dicha financiación no era retribuida al afiliado constituyendo una especie de enriquecimiento sin causa. Pese a que la Corte se declaró inhibida, dentro de las razones esgrimidas se destaca que la cotización en el RAIS no solo tiene por destino nutrir la cuenta de ahorro individual sino también nutrir un componente de solidaridad. Incluso, en las pruebas recaudadas se constató que con los recursos del FGPM “han sido reconocidas 3568 pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.”

303. En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración,



o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”

Es por ello que, con la declaratoria de ineficacia, la AFP deberá retornar con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES lo atinente al ahorro de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional.

En vista de lo anterior, y dado que en el asunto de marras se decidió por parte del *a quo*, que los fondos privados que debían retornar la totalidad de recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo que permaneció vinculada ilegalmente a ese régimen, los que debe transferir de forma indexada.

No obstante, considera la Sala necesario modificar parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en la medida que, si bien el *a quo* ordenó la devolución con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de ciertos rubros de manera indexada, lo cierto es que no detalló en la parte resolutive cuáles eran los rubros objeto de devolución de manera indexada.

En tal sentido, se condenará a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hubiere como lo ha sostenido la jurisprudencia del órgano de cierre Constitucional.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Acorde con lo anterior, cualquier pretensión frente a las llamadas en garantía resulta inocua, motivo por el cual no se ahondará al respecto, aunado a que tal aspecto no fue objeto de inconformidad por parte de las apelantes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible. En esa medida, habrá de modificarse la sentencia de primera instancia en los aspectos hasta aquí analizados.

De otro lado, debe indicarse que no es posible condicionar el cumplimiento de la sentencia, en tanto se sobreentiende a razón de un orden lógico, que el fondo privado debe cumplir con lo de su cargo, y a continuación COLPENSIONES llevará a cabo las acciones que le corresponden conforme lo ordenado en la sentencia.

Por último, en lo atinente a la inconformidad que presentan la parte actora frente a la absolución de costas de primera instancia a cargo de las demandadas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio y a la que se resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación, luego, al haber sido evidente que las encartadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

En esa medida se revocará la absolución de condena en costas a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., en consecuencia, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar en costas de esa instancia a las citadas demandadas, las que deberá tasar el *a quo*. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia de primer grado proferida el 22 de mayo de 2024 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ilegalidad de la afiliación efectuada por la actora con destino a COLFONDOS S.A. el 6 de abril de 1995.

Para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 6 de abril de 1995, junto con los posteriores traslados horizontales que efectuó por medio de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, que condenó a los fondos privados a retornar la totalidad de recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo que permaneció vinculada ilegalmente a ese régimen de forma indexada.

Para en su lugar, condenar a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por las razones antes expuestas.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar en costas de esa instancia a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., las que deberá tasar el *a quo*.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por los motivos expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



RODRIGO AVALOS OSPINA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado