



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULLIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 192-2024**

**Radicado 23-001-31-05-001-2023-00195-01**

Acta N° 001

Montería, doce (12) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, así como el grado jurisdiccional que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 23 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LINA MARÍA ORTEGA MENDOZA contra las recurrentes y ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., y en el que fueron vinculados como llamadas en garantías AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., ALLIANZ COLOMBIA S.A. y MAFRE COLOMBIA VIDAS SEGUROS S.A.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

Pretende la parte demandantes la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, al estimar que no fue debidamente informada de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

### **2. Contestación y trámite**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados y las llamadas en garantías se opusieron a las pretensiones de las demandas formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma concentrada. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la parte demandante.

### **III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA**

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS, al estimar que les incumbía a las demandadas desvirtuar la negación indefinida de la parte actora de no haber recibido la información debida para una decisión libre de traslado de régimen pensional. De otra parte, absolvió a las llamadas en garantía, al considerar que no debían responder de las declaraciones y condenas impartidas a los entes demandados.

### **IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

#### **1. Apelación de Colpensiones**

COLPENSIONES, apeló la sentencia, planteando, en apretada síntesis, que no intervino en el traslado de la parte demandante; que ésta, está incurso en prohibición de regresar al RPM; que se ha actuado de buena fe y que no se debió condenar al pago de las costas.

## **2. Apelación de Colfondos**

COLFONDOS apeló la sentencia, planteando, en apretada síntesis, que el traslado al RAIS fue libre; que se debió aplicar la sentencia SU107 de 2024; que las condenas impartidas afectan la sostenibilidad del sistema, las cuales se impuso a las demandadas asumirlas de su propio pecunio, no debiéndose absolver a las llamadas en garantías; que no hay proyección concerniente a que la parte demandante pudiese tener una pensión mayor en el RPM.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en tanto guarden sintonía con las apelaciones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia y el grado de consulta.

## **2. Problema jurídico a resolver**

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. De ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

Para dilucidar el primer interrogante, la Sala previamente hará breves anotaciones sobre la reciente sentencia SU-107 de 2024 de la Honorable Corte Constitucional, que concierne la carga probatoria en demandas de ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

**3. Carga probatoria en demandas de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, según la sentencia SU-107 de 2024**

3.1. La Honorable Corte Constitucional, en la sentencia SU-107 de 2024, sentó reglas de decisión sobre la carga probatoria en los procesos sobre ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

3.2. A decir verdad, en dicha sentencia no se proscribió la inversión de la carga de la prueba, a fin de que sean los fondos de pensiones a quien les incumba acreditar haber cumplido con su deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, cuando éste se trasladó del RPM al RAIS.

3.3. Lo que *sí cuestionó la guardianiana de la Carta es que la inversión sea un regla **obligatoria** y **única***. Que, no puede ser obligatoria, porque ello desconoce la autonomía e independencia del juez, quien, como director del proceso que es, es el llamado a determinar, según las particularidades del caso, la procedencia de la inversión de la carga probatoria en estos asuntos. Así lo expresó en dicha sentencia SU-107 de 2024:

“solo las circunstancias que rodean a las partes, en cada caso concreto, pueden permitir al juez evaluar la posibilidad excepcional de invertir dicha carga o de distribuirla. Y **esta debe ser una decisión del juez ordinario laboral, en su calidad de director del proceso y que además tiene repercusiones en la autonomía e independencia judicial**”. Se destaca.

Y, no puede ser única, en el entendido que, el acogimiento de las pretensiones relativas a la ineficacia en comentario, no ha de cimentarse sin que previamente se hayan tratado de lograr obtener con otras pruebas, por ejemplo, con interrogatorios, e incluso con iniciativa oficiosa del juez, la realidad de los hechos. Esto tiene sustento en los siguientes apartes de la sentencia SU-107 de 2024:

“(...) 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”

“(...) 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 (...)**”. Se destaca.

3.4. Y, evidencia tajante que la inversión de la carga de la prueba, no de forma obligatoria y única, es posible en estos asuntos a la luz del precedente constitucional en comentario, es el siguiente aparte de la sentencia SU-107 de 2024:

“(...) 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:

(...).

(v) **invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad**". Se destaca.

3.5. Otro aspecto a destacar del precedente constitucional en comentario, es que en el mismo la Honorable Corte Constitucional dispuso 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>>*.

#### **4. Procedencia de la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS**

4.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz,

entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos atestando actuar con libertad y conciencia.

4.2. En punto a la inversión de la carga probatoria en el presente proceso en el que debate la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la misma cumplió los derroteros de la Sentencia SU-107 de 2024, pues no fue el único recurso al que acudió el a quo, habida cuenta que también decretó el interrogatorio a la parte demandante y se recaudaron pruebas documentales. Y, si bien no se decretaron oficiosamente testimonios que pudieran favorecer al fondo de pensiones demandado, ello tiene resguardo en una de las reglas del Código General del Proceso, que, como arriba se dijera, han de ser observadas, y es la prevista en el inciso 2° de su artículo 169 que ordena:

“para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes”.

Y, al respecto, se observa que en el proceso COLPENSIONES y los Fondos Privados de pensiones demandados, no mencionaron ningún testigo que pudiese declarar a su favor en cuanto al cumplimiento del deber de diligencia y cuidado en haber brindado a la parte actora la

asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información

4.3. Existen sí formularios en donde consta el traslado de régimen de la parte demandante, con la preimpresión que fue libre. Más dichos formularios, aun con esa leyenda, la misma Corte Constitucional en la multicitada sentencia SU-107 de 2024, no los estimó como prueba suficiente para dar por demostrada la debida información que le incumbía al fondo privado de pensiones demandado. Así lo expresó:

“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”.

4.4. Entonces, así como a los fondos de pensiones les puede resultar complejo la demostración de haber cumplido con su deber de información frente a traslados de régimen pensional antes del año 2009, con mayor razón a los afiliados o afiliadas; de ahí que, la inversión de la carga probatoria en el presente caso, según lo expuesto en las líneas anteriores, cumplió los derroteros de la sentencia SU-107 de 2024, en la que, recuérdese, se señaló que el juez en estos casos puede:

“invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra

en la imposibilidad de demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad”

4.5. En conclusión, encuentra la Sala acreditado que a la parte actora se le desconoció su libertad informada al momento de haber efectuado su traslado del RPM al RAIS.

4.6. Ahora, en lo que respecta a la movilidad de la parte demandante o traslado de éste entre las AFP, al interior del RAIS, ello no hace eficaz su traslado del RPM al RAIS. Así lo ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL1055-2022, en la que expresó:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser *posteriores* dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede *sanearse* como la nulidad”.

En el mismo sentido que la anterior, está la SL1102-2024.

4.7. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

4.8. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias de la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

4.9. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de

pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

4.10. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

4.11. Se aduce que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de

la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

4.12. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4.13. Y, en cuanto a que se debieron condenar a las llamadas en garantías, ello no es de recibo, porque la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral tiene sentado que las condenas como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen por desconocimiento de la libertad informada, las deben

asumir las AFP con sus propios recursos (Vid. CSJ Sentencias SL3179-2023 y SL1558-2023, entre muchas otras).

## **5. Consecuencias de la ineficacia del traslado**

5.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; y, como consecuencia de ello, según lo doctrinado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, *<<solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional>>*, no siendo procedente la devolución de: *<<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>>*.

5.2. Entonces, el caso corresponde modificar la sentencia apelada, en el sentido de revocar las condenas distintas al traslado el ahorro de la cuenta individual, sus rendimientos y el valor de un bono pensional si se ha pagado, pero con respecto a

COLFONDOS; más no, a la impartida a PROTECCIÓN S.A., porque ésta última no apeló.

#### **6. Condena en costas en la primera instancia**

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque las demandadas resultaron vencidas en la primera instancia, y la condena en comentario es de carácter objetivo.

#### **7. Costas en la segunda instancia**

Dado que la confirmación de la sentencia de primera instancia no es en su totalidad, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-3°).

### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de excluir de la

condena impartida en dicho numeral, a la apelante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**CUARTO:** Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado ponente



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado

## Contenido

FOLIO 192-2024.....	1
Radicado 23-001-31-05-001-2023-00195-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA .....	3
Y CONSULTADA .....	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN .....	3
1. Apelación de Colpensiones .....	3
2. Apelación de Colfondos .....	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales .....	4
2. Problema jurídico a resolver .....	5
3. Carga probatoria en demandas de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, según la sentencia SU-107 de 2024.....	5
4. Procedencia de la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS .....	8
5. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	15
6. Condena en costas en la primera instancia.....	16
7. Costas en la segunda instancia .....	16
VII. DECISIÓN .....	16
RESUELVE:.....	16
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	17
MARCO TULIO BORJA PARADAS.....	17