

República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HUMBERTO ENRIQUE BARRAGAN GARRIDO

DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 035 2018 00564 01

1

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con la radicación No. 60532 del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación efectuada ante A.F.P. COLMENA hoy PROTECCION A.F.P., para que, como consecuencia de ello, se condene a PROTECCION a trasladar los aportes pensionales, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar a Colpensiones, quien deberá activar su afiliación en pensión, al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que las mismas afectan los intereses de esa administradora y de sus afiliados, lo que conlleva a la descapitalización del fondo de pensiones.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: 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 administrativas de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y la genérica. (f° 64-73)

Frente a esas pretensiones, PROTECCIÓN S.A. se opuso en síntesis con el argumento de que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El demandante diligenció el formulario de manera libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación.

El acto jurídico cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este.

Presentó 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 y la genérica. (f° 109-125)

#### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de mayo de 2020, declaró nulo el traslado de régimen pensional. Ordenó a Protección S.A. asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración. Condenó a Colpensiones a volver a afiliarse al demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Protección S.A. Condenó en Costas a Protección S.A, sin costas a cargo de Colpensiones.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

**Protección:** considera que no hay lugar devolución de gastos de administración.

**Colpensiones:** solicita se revoque la sentencia en razón a que no se probó ningún vicio en el consentimiento, el fondo probó la asesoría realizada al actor, y se descapitaliza el sistema. En caso de confirmarse la sentencia, Protección deberá abstenerse de efectuar descuento alguno.

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

#### Elementos de prueba relevantes:

- A folios 14, cédula de ciudadanía que da cuenta que el demandante nació el 16 de marzo de 1957.
- A folio 31, solicitud de vinculación suscrita por el actor el 24 de octubre de 1995.
- A folio 33-37, historia laboral expedida en Colpensiones que da cuenta que el gestor cotizó un total de 593 semanas.
- A folio 38-42, información – historia laboral expedida por la AFP demandada.
- A folios 43-44, cálculo proyección mesada pensional.
- A folios 45-52, solicitudes de anulación de afiliación, traslado y sus respuestas.
- Interrogatorio de parte al demandante y al representante legal de Protección.

#### Caso Concreto

La sentencia radicación n.º 60532 del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020) de la Corte Suprema de Justicia, señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, acceso a la administración de justicia y debido proceso de HUMBERTO ENRIQUE BARRAGÁN GARRIDO.*

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** la sentencia de 30 de julio de 2020, para en su lugar, ordenar a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, que en el término de diez (10) días

*contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)*

El mencionado fallo en las consideraciones hace alusión a los siguientes aspectos medulares:

i) la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que el deber de información recae sobre las Administradoras de Pensiones; ii) el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente; y iii) la carga de la prueba.

En esa dirección y sobre el primer punto, la Corte indicó:

*“[...] De ahí, la importancia de la reciente sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se realizó un análisis exhaustivo, respecto a la ineficacia de los traslados, de cara a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias reiteradas de esta Sala de Casación Laboral: (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado. (...)”*

Y en cuanto a tesis edificada en que el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, el alto Tribunal disertó:

*“(...)se observa que el tribunal se apartó del criterio mayoritario de esta Sala de Casación Laboral, habida cuenta que pasó por alto el contenido del precedente establecido por esta Corporación, entre otros, en fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426- 2019, pues recuérdese que esta Corte ha establecido que la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, precisamente, en la última providencia referida, expresó:*

*De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por*

*demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.*

*Así, la simple suscripción del formulario de afiliación no demostraba la existencia del consentimiento informado, y, en todo caso, un simple indicio no podía derivar las consecuencias que le dio el tribunal. (...)*

Sobre el tercer argumento relacionado con la carga de la prueba, la Corte explicó:

*“(...)Así, en este fallo, la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. Sobre el particular, indicó:*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte*

*está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, 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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).*

*Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros. (...)*

Respecto al tema relacionado con los gastos de administración, es de anotar que, aun cuando el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia nada refirió al respecto, esta Sala no puede pasar por alto que este tema fue uno de los puntos objeto de recurso de apelación por parte de Protección, de manera que, con miras a resolver esa controversia, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), por lo que se concluye que este aspecto no está llamado a prosperar.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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**

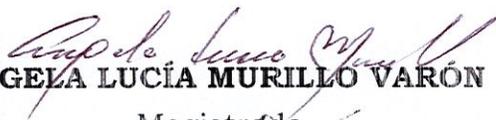
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de mayo de 2020 por

el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

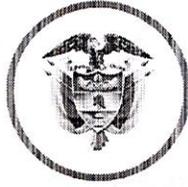
**TERCERO: REMÍTASE** de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral con la referencia de "*Cumplimiento de la sentencia con radicación 60532 del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020) Acción de tutela instaurada por r HUMBERTO ENRIQUE BARRAGÁN GARRIDO contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.*".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada

  
HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA  
Magistrada

  
DAVID A.J. CORREA STEER  
Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANGELA MARÍA POSADA DÍAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 031 2018 00314 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con la radicación n.º 58860 del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación a PROTECCIÓN realizada el 15 de noviembre de 1994; igualmente válida y vigente la afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, para que como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante; a PROTECCIÓN a liberarla de la base de datos, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y las costas del proceso. (f.º2-30)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que no se probó vicios del

consentimiento, y por tanto no puede haber regreso automático de la demandante al RPM.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir, declaratoria de otras excepciones. (f.º 82-85)

PROTECCION también se opuso bajo el argumento de que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, porque en el formulario se dejó constancia de que la vinculación se realizó en forma libre y espontánea.

Presentó las excepciones 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, innominada o genérica. (f.º 06-135)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de enero de 2019, absolvió a las encartadas de las súplicas de la demanda.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: i) no se probó el consentimiento informado al momento de la vinculación tal como lo establece el precedente jurisprudencial, ii) no se le informó sobre las ventajas y desventajas, ni el monto de capital requerido para la pensión en la modalidad de retiro programado, por lo que se le indujo en un error.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 32, fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 11 de abril de 1968, a 1 de abril de 1994, 25 años de edad.
- A folio 33, 139, formulario de afiliación a PROTECCIÓN.
- A folio 34- 43, reclamación administrativa a PROTECCIÓN y respuesta
- A folio 44-45, reclamación administrativa a COLPENSIONES.
- A FOLIOS 48-56, resumen de semanas PROTECCIÓN.
- A folios 57-58, resumen de semanas COLPENSIONES, a 30 de octubre de 1991, 46,43 semanas.
- A folios 93, expediente administrativo, obra respuesta a la reclamación administrativa.
- A folios 140-142, formulario de reasesoría pensional.
- A folios 143-114, correo electrónico para informarle sobre la simulación pensional emitida el 24 de febrero de 2015.
- A folios 146-147, resumen historia laboral.
- A folios 185-187, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte a la demandante y al representante legal de Protección.

### **Marco Normativo y Jurisprudencial**

- Ley 100 de 1993, artículos 13, 61, 112, 271.
- Código Civil, artículos 1502, 1508 y 1509
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación No 58860 del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020).

### **Caso Concreto**

La sentencia radicación n.º 58860 del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), de la Corte Suprema de Justicia, señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso de la señora ÁNGELA MARÍA POSADA DÍAZ.*

*SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión del 17 de noviembre de 2019, para en su lugar, ordenar al TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)*

El mencionado fallo en las consideraciones hace alusión a los siguientes aspectos medulares:

i) la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que el deber de información recae sobre las Administradoras de Pensiones; ii) el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente; iii) la carga de la prueba y iv) la procedencia de la ineficacia no depende de si el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición.

En esa dirección y sobre el primer punto, la Corte indicó:

*“[...] la reciente sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se reiteró otros pronunciamientos en igual sentido, proveído en que se hizo un análisis exhaustivo, respecto de la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales, en lo atinente a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias de esta Sala:*

*(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.*

*Así, en cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».*

*Para finalmente, concluir 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.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

Y en cuanto a tesis edificada en que el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, el alto Tribunal disertó:

*“(…)la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».*

Sobre el argumento relacionado con la carga de la prueba, la Corte explicó: *«el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede*

*desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento».*

En lo que hace referencia al tercer aspecto, esto es, la carga de la prueba, la Corte expresó:

*«el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la Radicación n.º58860 SCLAJPT-11 V.00 10 obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento».*

Finalmente, en punto de que la procedencia de la ineficacia no depende de si el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó:

*“(...) que “[t]al argumento es equivocado, puesto 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 ahí que, anotó: De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136- 2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,*

*condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba 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. (...)"*

Respecto al tema relacionado con los gastos de administración, es de anotar que, aun cuando el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela se revoca la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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: REVOCAR** la sentencia proferida el 16 de enero de 2019 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar:

**1.1. DECLARAR** que el traslado al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

**1.2 DECLARAR** que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida a cargo de Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad.

**1.3 ORDENAR a PROTECCIÓN** a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, sin que haya lugar a autorizar a PROTECCION a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración y la información que posee en su base de datos de la demandante, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia.

**1.4 ORDENAR** a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor de la actora y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional, dentro del mes siguiente del recibo de los recursos e información de PROTECCIÓN.

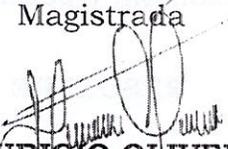
**SEGUNDO:** Sin costa en las instancias.

**TERCERO: REMÍTASE** de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral con la referencia de "Cumplimiento de la sentencia con radicación No 58860 del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020) Acción de tutela instaurada por **ÁNGELA MARÍA POSADA DÍAZ** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ y el JUZGADO TREINTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO**".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

  
**HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrada

11:-  
  
**DAVID A.J. CORREA STEER**

Magistrado