



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

Ordinario Laboral 1100131050 **43 2023 00200 01**
Demandante: NILSA SIERRA BUITRAGO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.
 Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticinco (2025).

AUTO:

Previo al estudio de los recursos de apelación, la Sala advierte que COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., presentaron solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguno de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2024 por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el

artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NILSA SIERRA BUITRAGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de abril de 1994 y los posteriores traslados que efectuó a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación a ese régimen, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, el aporte destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Igualmente; se condene a COLPENSIONES a recibir tales rubros, afiliarla en el régimen que administra y actualizar su historia laboral.

En subsidio solicita, que en caso de no salir avante la pretensión relacionada con la ineficacia del traslado, se condene a los fondos privados a pagar los perjuicios causados por su omisión del deber de información y se condene a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez. Finalmente, pretende se condene al extremo pasivo a pagar las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al régimen de prima media con prestación definida en cabeza de las cajas de previsión social y del ISS desde el 4 de mayo de 1989 hasta el 31 de marzo de 1994, y que se trasladó al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad a partir del 1º de abril de 1994 a través de PROTECCIÓN, precisando que se trasladó de forma horizontal a PORVENIR a partir de enero de 1996 y luego, se vinculó con COLFONDOS el 10 de agosto de 1998.

De otro lado, mencionó que durante la vinculación con los fondos de pensiones privados no recibió asesoría de manera comparativa, respecto de los dos regímenes pensionales a efectos de verificar cuál de los dos le convenía, tampoco le indicaron que solo hasta antes de llegar a la edad de 47 años podía para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Igualmente, sostuvo radico peticiones ante PORVENIR y PROTECCIÓN en 2023 solicitando copia del formulario de afiliación, pero a la fecha no lo ha sido entregado. A su vez, expuso que solicitó simulación pensional a COLFONDOS la cual fue emitida el 31 de marzo de 2023 y solicitó a COLPENSIONES la declaratoria de ineficacia de la afiliación a fin de agotar la reclamación administrativa. (f. 5 a 17 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, por ende, la afiliación a ese régimen es completamente válida.

Propuso como medios exceptivos los que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error 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 de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 7 a 31 archivo 05).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, aduciendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud

del cual se generaron derechos y obligaciones para el fondo y el afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (f. 3 a 24 archivo 06).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la accionante a ese fondo, en tanto la suscripción de la vinculación denota la aceptación de la demandante, además contó con la debida asesoría.

En su defensa propuso las excepciones de deber de información a cargo de las AFP – No hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las Restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y prescripción. (f. 3 a 30 archivo 07).

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que la actora válidamente suscribió su traslado de manera horizontal con ese fondo, decisión que estuvo siempre exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por sus asesores.

En su defensa propuso las excepciones de mérito de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado, no procedencia de reconocimiento pensión de vejez en el RAIS, bajo condiciones del RPM, e inexistencia de prueba de perjuicios. (f. 3 a 33 archivo 08).

Por auto de 10 de octubre de 2023, el juzgado de origen dispuso tener por contestada la demanda a las accionadas. E igualmente, aceptó el llamamiento en garantía que elevó COLFONDOS S.A. a respecto de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenadas, las aseguradoras deben reembolsar los valores pagados por concepto de seguros previsionales. (Archivos 08 y 09).

Las llamadas en garantía dieron contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, asimismo, propusieron excepciones de mérito en su defensa. (archivos 11, 16, 17, 18 y 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de noviembre de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora NILSA SIERRA BUITRAGO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales que hayan sido efectivamente pagados con motivo de la afiliación de la demandante NILSA SIERRA BUITRAGO, excluyendo los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aporte al fondo de garantía mínima, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora NILSA SIERRA BUITRAGO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por (...).

QUINTO: ABSOLVER a las demandas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ABSOLVER a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, del llamamiento en garantía efectuado por COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO: COSTAS a cargo de cada una de las AFP demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A y en favor de la aquí demandante. Por Secretaría liquídense las costas y las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000 para cada una de ellas. CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A y en favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, Por Secretaría liquídense las costas y las agencias en derecho en la suma de \$650.000 en favor de cada una de ellas. No condenar en costas a COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia comenzó por explicar que los artículos 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 dan cuenta de la

existencia de dos regímenes pensionales, que su elección debe ser libre, voluntaria y por escrito y que la vulneración a tal derecho conlleva a la ineficacia de dicha afiliación. Además destacó que para que esa elección sea voluntaria y libre debe estar precedida de una debida información por parte del fondo privado, tal como lo ha enseñado la amplia jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que impera para todos los afiliados y no solo los que sean beneficiarios del régimen de transición.

Seguidamente, señaló que los fondos privados deben informar las características, ventajas, desventajas y las consecuencias que le implicaría al potencial afiliado el traslado de régimen, lo cual no se suple con la simple suscripción del formulario de afiliación, aspectos que se reiteraron en la sentencia SU-107 de 2024, además, dijo que en esa providencia se expuso que el Juez como director del proceso debe decretar todas las pruebas que le permitan auscultar la verdad sobre los hechos que se debaten.

Así las cosas, al verificar diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos el interrogatorio de parte rendido por la actora concluyó que no se había acreditado el deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A. en 1994, PORVENIR y COLFONDOS. En vista de lo anterior, estimó que según lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre la valoración de las pruebas, era dable reiterar que no se había brindado la debida información por parte del fondo primigenio, por ende, declaró la ineficacia del traslado, y ordenó la devolución de todos los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro del gestor a COLPENSIONES, junto con los rendimientos y bonos pensionales, eximiéndose así de las pretensiones subsidiarias.

Sobre el llamamiento en garantía que efectuó COLFONDOS, señaló que los seguros contratados con la aseguradora cubren los riesgos de invalidez y muerte, y no la ineficacia del traslado. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las llamadas en garantía en la forma que refirió en la sentencia y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y a esta última en favor de las aseguradoras que llamó en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la condena impuesta en su contra por concepto de costas a favor de las llamadas en garantías, ya que acudió a esa figura atendiendo lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, y los criterios que venía acogiendo el despacho con antelación a la sentencia de SU 107 de 2024, además los dineros de la póliza previsional se contratan en beneficio de los afiliados, siendo la AFP una mera intermediaria en este proceso, luego esos rubros nunca ingresaron a su patrimonio. Igualmente, solicita se revoque la condena en costas a favor de la demandante, pues la ineficacia del traslado se deprecia frente al traslado que realizó la actora a PROTECCIÓN y su vinculación a ese fondo fue producto de una afiliación horizontal.

COLPENSIONES en la alzada solicita se adicione la sentencia en el sentido de condenar a los fondos privados a trasladar además de las sumas ya descritas, las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales y los aportes efectuados al Fondo de Garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta el criterio establecido al respecto por el órgano de cierre de esta especialidad, pues de lo contrario la ineficacia generaría un impacto en el sistema financiero de 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, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

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 el 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 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 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:*

Etapas acumulativas	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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de



	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	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 perjudicarle
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 suceder 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.”

En tal sentido, confrontado el caudal probatorio que fuese acreditado en juicio por todos los sujetos que integran el contradictorio, se tiene que la actora se

trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 18 de mayo de 1994, la que se hizo efectiva el día 1º de junio de esa anualidad, y posteriormente se vinculó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. en donde permanece en la actualidad. (f. 55 archivo 08).

Además, se recibió el interrogatorio de parte de las representantes legales de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., quienes al unísono dijeron que la actora se trasladó de manera horizontal a esos fondos, y precisaron que para ese momento brindaron la debida información de lo cual no obra constancia escrita. Entre tanto, la representante legal de PROTECCIÓN S.A. en su declaración indicó sobre el traslado de régimen de la actora a ese fondo, que en su momento brindó la debida información sobre el particular, de lo cual no obra constancia pues ello se dio de manera verbal.

Por su parte, la demandante señora NILSA SIERRA BUITRAGO en el interrogatorio de parte que rindió, en síntesis refirió sobre el traslado de régimen, que en el año 1994 se encontraba trabajando para la Caja de Vivienda Militar la cual ofrecía directamente los servicios de salud y pensión a los trabajadores, sin embargo, en esa data el empleador indicó que ya no los prestaría por lo que tenían que afiliarse a una EPS y a un fondo privado, siendo el mismo empleador el que realizó los tramites, acotando que no suscribió ningún formulario de afiliación al fondo y que no recibió asesoría del mismo.

De lo anterior, 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 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.

De otro lado, se tiene que la demandante no confesó que se le hubiese brindado 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 PROTECCIÓN S.A. 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 aplicables al 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 le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen de la gestora.

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 se adoptará esta nueva postura, en el entendido 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, tal como lo dispuso la *a quo*, lo que conlleva a desestimar los argumentos de COLPENSIONES frente a la devolución otros rubros diferentes a los aquí indicados.

Respecto a la prescripción de la ineficacia de traslado, conviene mencionar entre otras, lo dicho en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, que dispuso lo siguiente sobre el tema: *“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.

Por último, en lo atinente a la inconformidad que presenta COLFONDOS respecto a la condena en costas a favor de la demandada y de las llamadas en garantía, se debe indicar 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 a la parte vencida en juicio o a la que se le resuelva de forma desfavorable el recurso de apelación, luego, al haber sido evidente que esa demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó excepciones y las pretensiones que efectuó frente a las aseguradoras no prosperaron, es claro para la Sala la viabilidad de la condena en costas.

Al tema, conviene memorar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, en la que 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 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”.

Corolario de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia objeto de censura, por las razones antes expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de

las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, al no salir adelante los argumentos de la alzada.

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:

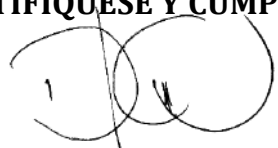
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2024 por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora y las llamadas en garantía, estas últimas solo a cargo del fondo privado, las que 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