

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2023-00487-01
DEMANDANTE:	RAÚL OSWALDO PLATIN ROCHA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 02 de mayo de 2024
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado.
DECISIÓN:	MODIFICA.

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **LORENZO TORRES RUSSY, GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la misma entidad en lo que no fue objeto de apelación, respecto de la sentencia del 02 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RAÚL OSWALDO PLATIN ROCHA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, como vinculada la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** con radicado No. **11001-31-05-031-2023-00487-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción, a través de apoderado judicial, promueve demanda para que se declare la ineficacia de la afiliación y el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, efectuado hacia COLFONDOS S.A. y, posteriormente, a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. Igualmente, que se tenga para todos los efectos se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar el valor total de los aportes realizados, los rendimientos causados, bono pensional, tarifas de administración y las sumas adicionales con sus respectivos intereses o indexación a COLPENSIONES. Asimismo, se le ordene a la entidad convocada a computar los tiempos cotizados en el RAIS en la historia laboral sin inconsistencias, respetando los IBC reportados respecto de cada año cotizado.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de noviembre de 1961; que estuvo afiliado al RPMPD a partir de octubre de 1983 a julio de 1994, contando con un total de 538.61 semanas cotizadas aproximadamente. Puso de presente que HORIZONTE, por medio de sus trabajadores, lo persuadió a trasladarse de régimen pensional manifestándole que el ISS desaparecería, por lo que sus aportes y pensión estaban en riesgo de perderse, además, le aseguró que al trasladar sus aportes accedería al derecho pensional con menos edad y una mejor mesada pensional que pudiese devengar en el RPMPD, de ahí que efectuara el traslado en agosto de 1994. Comentó, que en septiembre de 1998 retornó al ISS, hoy COLPENSIONES y en enero de 2011 a COLFONDOS S.A. De manera general, aseveró que en sus afiliaciones no le informaron que en el RAIS su mesada sería inferior en un 40% a la que se pudiese reconocer en el RPMPD, la pérdida de beneficios, la imposibilidad en retornar en cualquier momento al RPMPD, las diferencias entre ambos regímenes, los requisitos para acceder a la pensión de vejez, al igual que la forma en que se calcula la mesada.

¹ Folios 01 a 20 del archivo 02.

De igual forma, relató que, a mediados del año 2023, solicitó información a COLFONDOS S.A. para acceder a su derecho pensional; sin embargo, con lo indicado por la AFP se dio cuenta que había sido engañado, por cuanto advirtió que no podría pensionarse con una menor edad y una mejor mesada. Ante ello, procedió a elevar solicitud a las convocadas para que le fuera entregado las copias de la documentación relacionadas con el traslado, el formulario de afiliación, el historial de aportes y las proyecciones pensionales, siendo resueltas de manera incompleta por cada una de las demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES² se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas en el líbello de la demanda y argumentó que, dentro del plenario, no obra prueba alguna por la que efectivamente se acredite que al demandante se le indujo en error por parte de la AFP o que su consentimiento se haya viciado al momento de la afiliación. Añadió que no era posible efectuar el traslado de régimen solicitado, dado que el promotor de la acción se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues está a menos de diez años para acreditar la edad exigida para pensionarse por vejez y no cumple tampoco con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepción previa: No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A.³ al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, señalando que, de su parte, se le proporcionó una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de AFP en el RAIS. En aquella oportunidad, le recordó las características del mencionado régimen, su funcionamiento, las diferencias con el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes

² Folios 02 a 20 del archivo 09.

³ Folios 03 a 18 del archivo 11.

voluntarios, la rentabilidad que generan los aportes en el RAIS y el derecho de retracto, elementos todos que quedaron reflejados en su firma en la casilla de voluntad de afiliación y en su manifestación de voluntad expresa.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prohibición de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa ante una eventual condena frente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la genérica (innominada).

PROTECCIÓN S.A.⁴ no se opuso ni se allanó a las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, por cuanto ninguna se dirige en su contra y el promotor de la acción nunca estuvo afiliado a dicha sociedad.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, desvinculación a Protección, buena fe y la innominada o genérica.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas en el líbello de la demanda en lo que le pudiere afectar, como quiera que estas se dirigieron en contra de las AFP convocadas. Además, puso de presente que no tiene relación con los hechos y solicitudes incoadas con la demanda, por cuanto el deber de asesoría y buen consejo les compete a las administradoras de pensiones.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada, afiliación libre y espontánea del señor Raúl Oswaldo Platin al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al régimen de Prima Media con Prestación Definida, el traslado entre

⁴ Folios 03 a 11 del archivo 22.

administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.

Respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a la totalidad de las mismas argumentando que existe una falta de legitimación en la causa, toda vez que, conforme a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al declararse la ineficacia del traslado, es el fondo de pensiones y no la aseguradora quien debe asumir con cargo a su propio patrimonio el porcentaje destinado a pagar el seguro previsional por invalidez o sobrevivencia, de ahí que no sea aquella quien deba responder por tal emolumento, máxime cuando devengó debidamente la prima y asumió el riesgo asegurado durante el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 1994 al 31 de diciembre de 2000.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Abuso del derecho por parte de Colfondos S.A. al llamar en garantía a Allianz Seguros de Vida S.A. aún cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima, al no prosperar las pretensiones del llamamiento en garantía, las agencias en derecho a favor de Allianz Seguros de Vida S.A. deben liquidarse por un valor igual al asumido que compense el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que implicó la causa, inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de obligación a cargo de Allianz Seguros de Vida S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia del traslado, la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza del seguro previsional No. 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 02 de mayo de 2024, declaró la ineficacia del traslado realizado por el promotor de la acción en 1994 a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., en 1998 al ISS y 2010 a COLFONDOS S.A. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el actor por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indemnizados. Asimismo, a COLFONDOS en lo que respecta a la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estas últimas debidamente indexadas. Igualmente, que COLPENSIONES debía recibir al demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo* que, no se demostró a cabalidad el deber de información que tenía la AFP de suministrarle a la demandante una información clara, completa y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, pues no puede llegarse a conclusión diferente del elenco probatorio obrante en el plenario, resaltando que en el interrogatorio el demandante negó que se le haya informado sobre las diferencias existentes entre los regímenes pensionales y demás información relevante, por lo que debe declararse la ineficacia del traslado.

Con respecto a las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía por COLFONDOS S.A., sostuvo que durante los periodos de vigencia en que se contrató el seguro previsional y el objeto de este, dista del asunto acá discutido, pues no se encuentran las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, por lo que no puede imponerse condena alguna en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando que con la decisión de primera instancia se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado

con el artículo 1º del Acto Legislativo 01 del 2005, toda vez que la principal motivación que tuvo el legislador fue la de proteger el fondo común por el medio del cual la entidad paga las pensiones a las personas que en efecto cumplen con los requisitos en la normatividad pensional, máxime cuando los recursos que recibe con motivo de la declaratoria no resulta suficiente para cubrir la mesada que llegaría a devengar el promotor de la acción.

De otro lado, indica que no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado que realizó el promotor de la acción y las AFP, para lo cual no puede condenarse sin haber realizado alguna gestión dentro del trámite de afiliación, pues no puede de ninguna manera ser favorecida o perjudicada por un contrato que se celebró entre la demandante y la AFP demandada, de ahí que ni siquiera haya lugar a la imposición de costas a su cargo.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación parcial respecto de trasladar los conceptos de gastos de administración, primas de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, como quiera que no se puede desconocer el precedente sentado por la Corte Constitucional en la SU 107 de 2024, más aún cuando el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar en el cambio de régimen; por consiguiente, no puede ordenarse la devolución de alguna suma adicional a las allí indicadas toda vez que no están dirigidas a financiar la pensión de vejez y no pertenece al afiliado.

Igualmente, puso de presente que el promotor de la acción no allegó ningún elemento de prueba que demuestre la omisión en la que incurrió al momento del traslado, además, a él le asistía el deber de estar informado sobre los servicios que se va a contratar o utilizar, así como de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias que le permitieran adoptar una decisión informada.

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de alzada argumentando que el afiliado realizó su afiliación conforme a lo reglado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección en el régimen pensional, lo que se desprende tanto del interrogatorio de parte del promotor de la acción y el libelo genitor.

Resaltó que se le proporcionó toda la información necesaria para que se adoptara la decisión que mejor considerara, además, tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionadas con la seguridad social en pensiones, las cuales son de acceso público, máxime cuando pudo buscar asesoramiento de uno u otro régimen e incluso de una u otra AFP, si así lo considerara necesario. Asimismo, que para la fecha en que aconteció el traslado, no se encontraban vigentes las obligaciones contenidas en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, entre otros, por lo que los cambios legislativos y jurisprudenciales posteriores no podían ser anticipados con certeza, de ahí que no puedan ser exigidos en este momento.

Por otro lado, en lo que respecta a los gastos de administración, precisó que solamente constituyen un pago de la gestión de inversión y costos generados por el manejo que de los ahorros del afiliado que es cobrado tanto en el RAIS como en el RPMPD, por lo que aplicar la tesis de retornar las cosas a su estado inicial conlleva a la entrega de un capital sin actualización y rendimientos.

Asimismo, dada la condena respecto de los seguros previsionales, en virtud de la naturaleza y función de la póliza previsional contratada y que la AFP simplemente es una intermediaria, la aseguradora es quien recauda la prima correspondiente, más no la administradora, de ahí que sea improcedente solicitar la devolución de dichos emolumentos, más aún cuando nunca estuvieron bajo su posesión y que fueron pagados a terceros por lo que la llamada a responder, en caso de mantener tal condena, es la llamada en garantía.

Finalmente, en lo que atañe a las costas indicó que actuó bajo la absoluta convicción de que el promotor de la acción se encontraba debidamente vinculado y, además, tenía el deber legal de recibirlo como lo dispone el artículo 112 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por RAÚL OSWALDO PLATIN al RAIS administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, la Sentencia SL610-2023.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora. Por lo tanto, debido a la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten

confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicales 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterada en la SL2611-2020 del 01 de julio de 2020 y, recientemente, en la SL3150-203 del 27 de septiembre de 2023.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019, reiterada en la SL932-2023 del 15 de marzo de 2023.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado; no obstante, la Corte Constitucional, en sentencia SU-107 de 2024, precisó que *“la aplicación estricta de esta tesis libra al demandante de presentar cualquier prueba, indicio, evidencia o fundamento razonable sobre la existencia del derecho laboral que reclama. De contera, adicionalmente ello también exonera al juez de decretar y practicar pruebas de manera oficiosa”*. En consecuencia, no debe acudir únicamente a la inversión de la carga de la prueba, siendo necesario que se promueva la participación del promotor de la acción y del administrador de la justicia para esclarecer los hechos, tal y como se señalaron en la demanda.

Con base en lo anterior el Alto Tribunal Constitucional fijó una serie de reglas de decisión para los procesos judiciales donde se reclama la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS entre 1993 y 2009 de la siguiente manera:

“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 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.” (negrilla del original)

Así las cosas, para dar solución al asunto que nos ocupa, la Sala ha acogido la tesis unificadora de la Corte Constitucional proferida mediante sentencia SU-140 de 2019 por ser de obligatorio cumplimiento.

Del elenco probatorio, obra a folio 93 del archivo 02 del expediente digital la solicitud de vinculación No. 018259 al RAIS con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. debidamente firmada por el promotor de la acción el 15 de julio del 1994, con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de la misma anualidad, conforme la consulta SIAFP ASOFONDOS, que reposa a folios 35 a 36 del archivo 15. De conformidad con lo anterior, se encuentra que el formato de vinculación da cuenta del acto de la afiliación al RAIS, sin que solo de éste se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado con base en el suministro de información por parte de la Administradora, pues recuérdese que era su deber poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Del mismo modo, de las demás pruebas documentales aportadas por el actor, tales como historias laborales, extractos de fondo de pensiones obligatorias y reporte de días acreditados no proporcionan detalles sobre la información que fue brindada por la AFP al momento del traslado, a lo sumo acreditan su permanencia en el RAIS, las semanas cotizadas en ambos regímenes y el saldo de su cuenta de ahorro individual.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por el promotor de la acción no resulta suficiente para acreditar, en su favor, que la AFP incumplió el deber de información, asesoría y buen consejo, ya que las manifestaciones que efectúa la misma parte al absolver su interrogatorio de parte, no pueden usarse en su propio beneficio, pues en términos de lógica y derecho, ninguna de los extremos de la Litis puede elaborar su propia prueba, pues aquél fue claro en manifestar que no tiene presente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que aconteció el traslado. Agregó que para 1998 retornó al ISS por ser la entidad con la que su empleador efectuaba las afiliaciones de todos los trabajadores. Igualmente, adujo que su traslado a Colfondos S.A. estuvo presidido por una reunión que no duró más de diez minutos, pues la única información que se le proporcionó correspondió a la liquidación del ISS y que la AFP mencionada era la mejor opción que podía adoptar, sin que ninguno de los promotores de las demandadas le proporcionaran detalles sobre la figura del bono pensional, las modalidades de pensión y la figura de los beneficiarios que aparecen en el formulario de afiliación.

Con todo, al encontrarse imposibilitado el promotor de la acción para acreditar las afirmaciones realizadas en el libelo genitor, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a trasladar la carga de la prueba al Fondo de Pensiones demandado, correspondiéndole acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS convocada, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el promotor de la acción a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no

se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

De igual modo, en vista del traslado de la carga de la prueba, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por el actor bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues de éste se puede extraer que en efecto no tenía conocimiento de las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS; además, tampoco le proporcionaron por parte de los asesores de la AFP aspectos relevantes como, la forma en que se calcula la pensión, los aportes voluntarios, el derecho al retracto, pensión de sobrevivientes, la garantía de la pensión mínima, las modalidades de pensión, entre muchos otros que permiten establecer de forma razonable que no se le dieron los elementos suficientes para adoptar una decisión plenamente informada.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el promotor de la acción y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada durante el tiempo en que estuvo vinculada en el RAIS.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, previamente citada, aclaró que al decretarse la ineficacia del traslado no se puede retrotraer al afiliado al momento en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiere producido. Por lo que solo es susceptible del traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, sin que las primas de seguros, los gastos de administración o el porcentaje del fondo de garantía mínima puedan retornarse al tratarse de una serie de situaciones consolidadas.

Conforme lo anterior, se modificará el ordinal segundo de la sentencia del *A quo* en el sentido de ordenarle a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual

del promotor de la acción, tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS, orden sobre la cual en nada incide la llamada en garantía, pues su comparecencia se fundamentó en la posible devolución de los aportes a las primas de los seguros previsionales que en esta instancia no se ordena su traslado. Igualmente, se revocará el ordinal cuarto, dado que a PORVENIR S.A. no le asiste la obligación de retornar suma alguna, por cuanto no cuenta con los emolumentos que deben retornarse al RPMPD.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la activa no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital tenido en cuenta para el reconocimiento de la prestación pensional no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del RPMPD, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta por los aportes efectuados por la demandante, los cuales son los que serán tenidos en cuentas para financiar su pensión.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el

derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL 1363 de 2022).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional y, de ninguna manera, ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a la apelante, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar el actuar de dichas demandadas durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo cuando la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, razón por lo que se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada conforme se mencionó en precedencia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

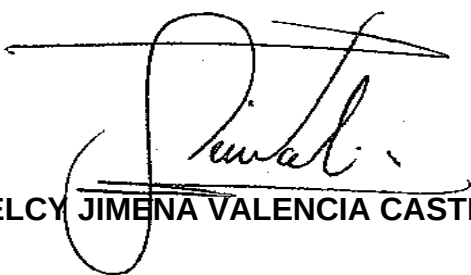
PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia del 02 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia del 02 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que COLFONDOS S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual del promotor de la acción, tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales por todo el tiempo en que el promotor de la acción estuvo afiliado en el RAIS.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES Y COLFONDOS**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA