REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES –en adelante COLPENSIONES- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS –en adelante COLFONDOS S.A.- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. –en adelante PROTECCIÓN S.A.-
RADICACIÓN	76001310501820230062701
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 286

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil veinticuatro (2024), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogas integrantes de la Sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta de la sentencia condenatoria No. 100 del 3 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 188

I. ANTECEDENTES

EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS demanda a **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1° de marzo de 2000**,** porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado, y se le ordene el traslado a **COLPENSIONES** del capital de pensión integro. Ante lo cual, las entidades demandadas se opusieron indicando que el traslado de régimen es válido, por cuanto se cumplió con el deber de información.

Colfondos S.A. llamó en garantía a Allianz Seguros de Vida S.A., para que en una eventual condena reintegrara las primas de seguros previsional. La aseguradora se opuso al considerar que la póliza solo cubre las sumas adicionales por invalidez o muerte, más no aquella eventual condena.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 2000 y ordenó a PROTECCIÓN S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles siguientes contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, traslade a la COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos

pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio.

De igual manera ordenó a COLFONDOS S.A. que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, traslade a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada ahí, por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio.

También ordenó a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. informar a la señora EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES, los que deberán ser discriminados detalladamente con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información que deban en cumplimiento de esta sentencia trasladar y/o retornar.

CONDENAR a COLPENSIONES para que una vez realizado el traslado ordenado, dentro del término de dos (02) meses siguientes de tal acto, acepte el traslado efectuado por la señora EMMA JUDITH RIVERA

LANCHEROS sin solución de continuidad ni cargas adicionales y proceda dentro del mismo término a actualizar la historia laboral de la precitada EMMA JUDITH RIVERA LANCHEROS.

Finalmente, absolvió a a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA de las pretensiones incoadas en su contra por COLFONDOS S.A..

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones

La apoderada judicial de Colpensiones presentó el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia. Aduce que la nulidad resulta inoponible, respecto a su representada, quien actuó de buena fe, a la vez que se constituyó un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica consolidada por el tiempo de aquellos afiliados que permanecieron en el régimen de ahorro individual.

Indicó que la responsabilidad de las AFP en donde se solicita la ineficacia del traslado, no solo se debe enmarcar en reparar el daño individualmente, sino que también se debe tener alcance frente a los daños indirectos que comprometen derechos de terceros, como la reserva patrimonial de los pensionados y los demás afiliados al régimen de prima media.

Colfondos S.A.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Indica que la parte demandante ejerció el derecho de elección de régimen, conforme al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, que debe entenderse que lo realizó de

manera libre y voluntaria, sin vicios en el consentimiento, como se demuestra el formulario de afiliación.

Afirma que el personal del fondo le brindó al demandante toda la información necesaria, teniendo este la oportunidad de estudiar y conocer las normas, las cuales son de acceso púbica y fácil comprensión, así como de solicitar asesoría.

Posteriormente, hizo referencia al marco jurídico, trayendo a colación el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1758 de 2014, para indicar que no existía en cabeza de los fondos de pensiones la posibilidad de realizar alguna proyección en el momento en que un afiliado optara por un traslado de régimen, y, que teniendo en cuenta que los cambios legislativos fueron posteriores, existía la imprevisibilidad para Colfondos S.A. de anticipar dichos cambios normativos. Por lo que al solicitar el demandante el traslado, las normas mencionadas no se encontraban en vigencia, así entonces la condena implicaría una retroactividad de la norma, lo que se encuentra expresamente prohibido por la legislación colombiana.

Indicó que el juzgado de instancia, desconoció la sentencia de unificación de SU107 2024, en relación al manejo probatorio en los casos de ineficacia del traslado de los afiliados del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, para lo cual realizó una síntesis de la citada sentencia.

Adujo que en el interrogatorio de parte la demandante confesó haberse afiliado al fondo libre de cualquier vicio de consentimiento, error, fuerza o dolo. Además de haber tenido la oportunidad por 25 años de haber solicitado asesoría integral en materia pensional y no lo hizo.

Indico que además la Corte Constitucional ha señalado que el no cumplimiento de las expectativas económicas en materia pensional, no

determina la nulidad de la afiliación, cuando lo que realmente lo que motiva la demanda es una mesada pensional superior en el régimen de prima media.

Señaló en cuanto al pago de los seguros provisionales, que la sentencia va en contravía del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, que regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslados, donde no se establecen los gastos de administración y seguros provisionales.

Adujo también en encontrarse en desacuerdo con absolver a la llamada en garantía aseguradora Allianz, puesto que la póliza se contrata en beneficio de los afiliados, siendo la AFP una simple una simple intermediaria, quien recauda, sin que dicho recurso ingresé al patrimonio de la AFP, por lo que resulta improcedente solicitar la devolución de estos.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos o contratos con las aseguradoras que ya fueron efectivamente consumados, y obligar a la devolución de la prima de seguro provisional, toda vez que constituiría un atentado contra la seguridad social, puesto que el seguro provisional tiene una función precisa como es financiar los riesgos de invalidez y muerte, por lo que exigir su devolución equivale a retrotraer las coberturas esenciales del sistema, produciendo además, un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones a expensas de un empobrecimiento correlativo para Colfondos entidad que no está soportada a soportar tal carga.

Para finalizar el apoderado manifiesta no estar de acuerdo con la condenas en costas, argumentando que esta no opera de forma automática, para lo cual hace referencia al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, aduciendo que así como el demandante tuvo acceso a la administración de Justicia a su representada le asiste el derecho a la

defensa y a la contradicción, y que adicionalmente su representada no actuó con el objetivo de dilatar el proceso, que siempre se actuó de buena fe y de un buen actor procesal.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, La apoderada judicial de Colpensiones insistió en los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problemas jurídicos a resolver

La Sala resolverá si procede o no la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante el 1° de marzo de 2000, en cumplimiento o no del deber de información por parte de la administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, de manera conexa se resolverá quién tiene la carga de la prueba en el cumplimiento del deber de información.

En el caso que proceda la ineficacia del traslado se definirá cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si hay lugar o no a revocar la condena en costas procesales y si prospera la excepción de prescripción.

Ineficacia de traslado de régimen – Deber de información

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alegan las sociedades administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que

permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarle, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la parte demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia laboral exigen en cuanto al consentimiento informado. En palabras de la jurisprudencia especializada, "*que proporcionó al afiliado información completa, clara, integral y oportuna sobre las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y funcionamiento de cada uno de los sistemas pensionales*" (SL509-2024).

Respecto ese deber de información de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 2611 de 2020, SL 4806 de 2020, SL 373 de 2021 y SL 509-2024.

Carga de la prueba

En cuanto a la carga de la prueba de demostrar que se le brindó a la parte demandante la información al momento del traslado de régimen pensional, está es en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones y no de aquella, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió con la obligación, tal y como lo preceptúa el art. 167 del Código General del Proceso que "(…) *las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*"; además, la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.. Aquí caben los adagios o los brocardos que vienen desde los romanos, el título 50 del digesto (*De diversis regulis iuris antiqui*): Lo necesario está permitido. Tiene como pareja: A lo imposible no está obligado nadie.

Estas consideraciones han sido ampliamente expuestas en la jurisprudencia especializada en las sentencias SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008, SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL 4426 de 2019 y SL 509 de 2024. En esta última providencia así lo indica:

"(…) En estos asuntos la carga de la prueba recae en las Administradoras de

Fondos de Pensiones (AFP). Esto se debe a varias razones: (i) La afirmación de no haber recibido información por parte del afiliado corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede ser desvirtuado por la AFP mediante la presentación de pruebas que demuestren que cumplió con su obligación de proporcionar información adecuada y suficiente; (ii) La documentación relacionada con el traslado debe ser conservada por la AFP en sus archivos, ya que es esta entidad la que está obligada a cumplir con la obligación de brindar información y, por lo tanto, es su responsabilidad probar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplió con esta obligación: (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, ya que las AFP, por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (…)".

Consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia del traslado

Para establecer las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido de manera pacífica, entre otras, en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019, en el siguiente tenor:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[…]

´La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

***Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez**, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido**, **los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio**, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.´"* Resalto fuera del texto original

Lo anterior, también la citada Corporación lo señaló en la sentencia SL4360 de 2019 en los siguientes términos:

> *"(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.* ***Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*** *(CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).* Resalto fuera del texto original

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que los gastos de administración, los aportes de pensión al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los pagos de seguros de primas previsionales se deben devolver de manera indexada.

> *"(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.*
>
> *Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el*

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020) (…)".

Flexibilización de la Corte Constitucional a la carga de la prueba en la sentencia SU 107 de 2024

Ahora bien, es pertinente indicar que ese precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba ha sido "*flexibilizado*" por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 107 de 2024 en los procesos en los cuales se demanda la ineficacia del traslado ocurrido entre los años 1993 y 2009.

Sobre la carga de la prueba fijó como reglas "*no imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes", (…) "no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para, conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS".*

Indica la Corte Constitucional que, la inversión de la carga de la prueba no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos, ni tampoco se puede prohibir, sino que se debe usar esa posibilidad cuando en casos excepcionales al juez "*no le sea posible desentrañar por completo la verdad*" ante un demandante con imposibilidad de probar los hechos o cuando se han surtido los esfuerzos de las partes y la facultad oficiosa del juez sin llegar a tal fin. De tal manera, que según las reglas probatorias establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU

107 de 2024 en los procesos en los que se demanda la ineficacia de traslado que se hicieron entre 1993 y 2009 se condensa así:

> *"(…) 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 (…)".*

Consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado según en la Corte Constitucional SU 107 de 2024

Respecto a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia la Corte Constitucional precisó 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 (…)*".

Lo anterior lo sustenta en la protección a la sostenibilidad financiera del sistema. Pues indica que "*puede presentarse de alguna medida"* su "*presunta afectación*", lo cual considera que puede ser "*relativo*", pero que se pronuncia, al llamarle la atención el tema.

Fijación del criterio de esta Sala

Esta Sala continua con el criterio que se ha venido manejando, según el cual, es a la administradora de fondos de pensiones a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[1], y no acoge la "*flexibilización*" que sobre tal dimensión adoctrinó la Corte Constitucional en la sentencia SU107 de 2024.

Así las cosas, dada la autonomía judicial que le asiste a la Sala, se pasa a detallar de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las cuales se continua con el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en el proceso ordinario donde se discute la ineficacia de traslado de afiliados del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información, así:

Primero, En la sentencia SU107 de 2024 se estableció que las reglas "*deberán ser aplicadas a los procesos ordinarios laborales que se encuentren en curso, ya sea en primera, segunda instancia e incluso en sede de casación y los que susciten en sede de tutela*". Para la Sala tal decisión sorprende a las partes que se trasladaron de régimen antes de que se publicara dicha sentencia, por lo cual, sí constituye una inseguridad jurídica, porque se ha sorprendido a las partes por completo, pues la demanda se ha tramitado con base en las reglas probatorias establecidas por la jurisdicción laboral durante 16 años, las cuales se quiebran e

[1] sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019

imponen otras con la flexibilización que se pregona en la sentencia de unificación, ya en segunda instancia cuando las partes no han tenido la posibilidad de pedir pruebas.

Segundo, se considera que la autonomía e independencia de los jueces que se pregona en la sentencia SU107 de 2024, en verdad se ve afectada con las reglas que impone la *ratio decidendi* de esa decisión, así que de manera paradójica lo que se dice que se protege en verdad se afecta. Lo que favorece desfavorece al mismo tiempo.

En la mencionada sentencia se impone a los jueces una manera de razonar, se afecta su imparcialidad al tener que buscar por todos los medios probatorios que las administradoras brindaron información a la parte demandante que aduce que no le informaron.

Hay un hilo delgado entre las reglas probatorias que ha establecido la Corte Suprema de Justicia y ahora la Corte Constitucional, y la capacidad de juzgar de los funcionarios judiciales que, a juicio de la Sala, se rompe al indicarle a los jueces cómo juzgar la realidad de los expedientes, sin mirar la realidad tan particular de este tipo de procesos ¿acaso las reglas probatorias que ha tenido la jurisprudencia especializada no son dadas por su capacidad de dirigir el proceso, de valorar las circunstancias de los procesos, de su autonomía e imparcialidad judicial? ¿Por qué modificarlas?

Tercero, en este punto es importante recordar lo que dicen los clásicos con relación a la interpretación del derecho jurisprudencial y las dificultades que ofrece en virtud a que las realidades sociales son cambiantes y a se da lugar a una jurisprudencia dinámica acorde a esas realidades, en un ejemplo insigne de que “*la norma, más que constituir el*

objeto sobre el que se realiza la interpretación, es en realidad el resultado de la misma"[2].

Al respecto, Edward Levy, en esa línea, distingue tres fases de cara a las dificultades en el razonamiento mediante ejemplos:

> *"La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros ya resueltos. En segundo lugar, se hace explicita la regla a que obedeció la solución en los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado.*
>
> *El primer tramo del razonamiento ofrece grandes dificultades. ¿Qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para obtener una regla aplicable al que se debe resolver?*
>
> *El principal criterio para la selección de precedentes es la analogía que deben guardar los casos fallados con el que se pretende solucionar. Pero no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes.*
>
> *Una detallada descripción de los casos anteriores y del presente mostrará seguramente muchas diferencias. Sólo a medida que se avanza a un alto nivel de abstracción en la descripción de los casos, omitiendo muchas circunstancias, se pueden obtener descripciones equivalentes (…).*
>
> *En cuanto al segundo paso del razonamiento mediante ejemplos – la obtención de la regla a que se ajustaron los precedentes -, también presenta dificultades.*
>
> *En el common law se tiene que los jueces no están obligados por las afirmaciones explicitas hechas por los otros jueces (ni siquiera por la que ellos mismos pudieran haber hecho acerca de la regla aplicable para la solución del caso), que se consideran simples obiter dieta, es decir afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es la ratio decidendi de los fallos anteriores, es decir el principio general que explica las decisiones adoptadas (…). Es evidente que en este tramo del razonamiento también el juez goza de una considerable libertad. Las mismas decisiones pueden ser explicadas según reglas que pueden tener mayor o menor amplitud y diferentes excepciones y condiciones.*

[2] N. Lipari: *El problema de la interpretación jurídica, en el mismo "Derecho Privado"*, Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 103. Cita tomada del texto de Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero Plaza, *Instituciones de seguridad Social*, Décima cuarta edición revisada, Madrid, 1995, Editorial Civitas, S.A. pág. 55

> *En el tercer tramo del razonamiento, la regla obtenida se aplica al caso que se debe juzgar. Tiene que decidirse si este caso entra o no en el ámbito de la aplicación de la regla, si constituye una de las excepciones que ella prevé, o si cae más bien dentro del marco de otra regla obtenida a través de otra línea jurisprudencial distinta de la alegada. Es obvio que, en buen medida, la decisión estará determinada por la descripción que se haya dado del caso que se debe solucionar"*[3]

Así, la Sala considera que es el juez quien en virtud del análisis del caso concreto, en uso de las figuras dispuestas por el procedimiento judicial define las cargas probatorias que le corresponden a las partes, sin que esto pueda entenderse como una afectación al criterio de la sana crítica bajo el cual debe fallar, manteniéndose por el contrario la independencia y la libertad de juzgar la realidad en medio de la alteridad y las circunstancias que se ponen a su juicio.

Cuarto, la Sala acoge el criterio de la jurisprudencia especializada en torno a la carga de la prueba, porque la inversión de la carga de la prueba a la cual se ha acudido en el caso de procesos en los que se encuentra en discusión la ineficacia de traslado, tiene sustento en el hecho que las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses; dado que el deber de información es uno de los imperativos legales de las entidades administradoras de pensiones, según el inciso tercero del literal c del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y es un deber ineludible desde su creación[4], en consecuencia, la carga de la prueba sobre la información suministrada está en cabeza de la administradora de pensiones, puesto que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba

[3] Santiago niño Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, editorial Ariel S.A., Barcelona, décima edición 2001, pág. 293 y 294
[4] sentencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 31989 y radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011.

de la parte actora a la entidad demandada[5].

Además, aquí es preciso referirse al artículo 167 del Código General del Proceso, el cual dispone como regla general que "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", y precisa que "*Los hechos notorios y **las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba***".

Esto último es desdibujado en la Sentencia SU107 de 2024, pues en la sentencia C-086 de 2016, la Corte Constitucional estudió el mencionado artículo 167 del Código General del Proceso, y en la que hizo las siguientes precisiones para efecto de considerar que la norma acusada está acorde a los mandatos constitucionales:

> *"Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: **'**onus probandi incumbit actori', al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; 'reus, in excipiendo, fit actor', el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, 'actore non probante, reus absolvitur', según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción"*
>
> *La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos-, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.*
> *(…)*
> ***Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas)**, técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras".* Negrita fuera del texto

[5] Esto además ha sido reiterado en sentencias como radicación 46.292, de 2014, en la SL17595 del 18 de octubre de 2017, SL19447-2017 y su fallo de instancia SL4989-2018, 3034 de 2021 hasta las recientes sentencias SL610-2023 y SL 127 de 2024.

Lo anterior da lugar a sostener que en la sentencia SU107 de 2024 se desconoce que hay dificultades probatorias que son de orden lógico, cuando se exponen afirmaciones y negaciones indefinidas ¿cómo va a aprobar un afiliado que una administradora de fondos de pensiones no le informó de las consecuencias que traería su traslado al régimen de prima media? Lógicamente, como dijo la misma Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, el afiliado tendría dificultades para demostrar la negación indefinida que no recibió la información, entonces pierde todo sentido lógico cuando en la Sentencia SU107 de 2024 indica que "*flexibiliza*" las reglas de la inversión de la carga de la prueba en estos casos dada por la Corte Suprema de Justicia, en su decir en procura de "*no imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes".*

Quinto, en cuanto a las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia de traslado, la Sala acoge el precedente jurisprudencial vertido a partir de la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, porque en su razonamiento la Corte plantea una visión económica – sistémica del sistema de seguridad social y reconoce la relación asimétrica que existe entre una AFP, tanto como entidad financiera, como administradora del sistema de pensiones, y un afiliado lego que desconoce temas económicos y pensionales. Igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales.

En otros términos, es garantizar una visión legal y constitucional de la institución del sistema pensional creado por la Ley 100 de 1993 y que tiene como fundamento el artículo 48 de la Constitución Política, mediante el cual el Estado se obliga a garantizar los derechos pensionales de sus ciudadanos en armonía con la estabilidad financiera del sistema.

Así, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, le ha dado solidez

a los derechos de los afiliados sobre la posición dominante de las administradoras de fondos de pensiones, cuando no cumplen con su responsabilidad profesional de garantizar con transparencia la información a los afiliados; esto en consideración a que mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones y a su vez prestan servicios financieros; y esa doble connotación de conformidad al art. 4° del Decreto 656 de 1994, la hace una entidad con solvencia en el manejo económico, pero que tiene que dar cuenta de una formación en la ética del servicio público, no se puede soslayar esa doble connotación legal de ser entidad financiera y entidad de seguridad social, para darse prevalencia meramente a la condición de entidad financiera, de ser así, se pondría en evidencia una protuberante falla en la funcionalidad del sistema pensional a cargo del Estado.

No se acoge el criterio de la Corte Constitucional en la Sentencia SU 107 de 2024 en torno a que no es procedente devolver ni las primas de seguros, los gastos de administración, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni su indexación, pues no hay certeza que tal devolución afecte la sostenibilidad financiera del sistema, en tanto que la misma Corte Constitucional indica en la sentencia que la afectación a ese principio es presunta y relativa. Ciertamente, esta Sala no encuentra prueba en el expediente que permita concluir que con la ineficacia del traslado se esté afectando las finanzas del sistema.

Los cinco puntos expuestos anteriormente son las razones que llevan al Tribunal a separarse de la ratio decidendi de la sentencia SU 107 de 2024, para continuar con las reglas probatorias establecidas por la jurisprudencia especializada, a partir de la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 respecto a que ante el deber de información que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen la carga de probar que sí brindaron información a los afiliados al momento en que se efectuó el

traslado de régimen pensional, posición que se ha mantenido de manera pacífica a lo largo de 16 años, ya que sus argumentos presentan una mayor fuerza para decidir, ello por cuanto tal interpretación se ajusta más a los fines constitucionales y legales del Estado y la defensa de la seguridad social como derecho fundamental, además de ajustarse a las garantías de favorabilidad aplicables en materia constitucional y laboral.

Aunado a que esta Sala comparte la jurisprudencia especializada, por la manera como el alto Tribunal de justicia en materia laboral ha formulado el establecimiento de las premisas y de las conclusiones en los diferentes procesos que ha tenido que resolver al respecto; la validez del lazo que las une con los principios constitucionales, procesales y sustantivos; la estructura misma de sus razonamientos y su conformidad con ciertas reglas o esquemas previamente establecidos a favor del ser humano.

Caso concreto

Al aplicar lo expuesto al presente caso, **PROTECCIÓN S.A.** ni **COLFONDOS S.A.** demostraron que cumplieron con el deber, que les asiste desde su fundación, de informar a la parte demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Del interrogatorio de parte practicado en el juzgado no se desprende que la demandante haya confesado que recibió información en el momento del traslado.

Así las cosas, la Sala considera que el *A quo* acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la cual se da tanto para el traslado inicial como para los traslados entre AFP, de ser el caso.

Así que, si las AFP omitieron el deber legal de información para con la parte demandante, deberán devolver el capital total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, los valores utilizados para seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, estos tres últimos indexados y con cargo al patrimonio propio. Por tanto, se confirma la sentencia de instancia.

Finalmente se indica que no le asiste razón a Colfondos S.A. en que se ordene a Allianz Seguros de Vida S.A. que se encargue de la devolución de las sumas de seguros previsionales que recibió, pues esta entidad no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen, y las ordenes que se dan en la sentencia, de reintegrar de esas sumas, obedecen a una consecuencia en la falta del deber de información que no aparece garantizado por parte de Colfondos S.A..

Prescripción

En cuanto a la prescripción de la acción de ineficacia del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la ineficacia del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación

definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, conforme lo indicó en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, que reiteró,

> *"Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible,* ***los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación****. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".*

Costas

Se mantiene la condena en costas impuesta por cuanto son objetivas y las entidades fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. a favor de la parte demandante. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por concepto de agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 100 del 3 de mayo de 2024, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

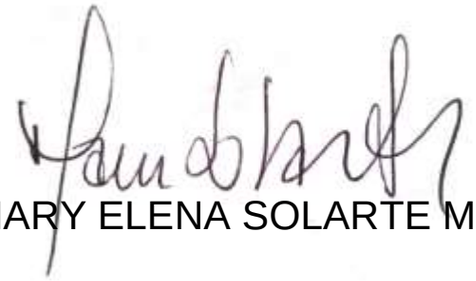
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás**.**

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. a favor de la parte demandante. Inclúyanse en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por concepto de agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su notificación por EDICTO en el portal web de la Rama Judicial – Publicaciones procesales – Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali – Edictos.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina. Intervinieron los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Firmado Por:

German Varela Collazos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1b45e971253e7fd155f2513831e1c6fc2ea3819dbb7bce06f2076831911a28b8**

Documento generado en 02/07/2024 02:15:16 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica