

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Discutido y Aprobado según Acta No 08A.

1. ASUNTO

La Sala procede a dar cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela **CSJ STL 11263-2024 radicación No. 73352 del 3 de julio de 2024**, notificada el 16 de septiembre de los cursantes, la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de septiembre de 2019 dentro del proceso ordinario laboral **No. 11001310500320180070601**, que **ALEJANDRO JELKH SANDINO** adelanta contra de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

2. SENTENCIA DE REEMPLAZO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **PORVENIR S.A.** interpuso contra la sentencia que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 7 de mayo de 2019, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, en proceso ordinario laboral reseñado en líneas anteriores.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones y Hechos.

El demandante solicitó se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media (RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) realizada el 1° de junio de 1996.

En consecuencia, deprecia se condene a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de los recursos de su cuenta de ahorro individual incluidos los costos administrativos; y a esta última a admitir su retorno.

De manera subsidiaria, solicita el pago de los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

3.2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 86 a 99 archivo 01 subcarpeta 01 carpeta 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 132 a 168 archivo 01 subcarpeta 01 carpeta 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación.

De otro lado, **OLD MUTUAL S.A.** (fls. 169 a 204 archivo 01 subcarpeta 01 carpeta 06), presentó oposición a las pretensiones de la acción, formulando, entre otras, las excepciones de prescripción y prescripción de la acción de nulidad.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 205 a 267 archivo 01 subcarpeta 01 carpeta 06), se opuso a las pretensiones incoadas, formulando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

3.3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad y/o ineficacia del traslado hecho por el demandante **ALEJANDRO JELKH SANDINO** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por Colmena, hoy Protección S. A., con efectividad a partir del 1° de julio de 1996, y con los mismos argumentos, al igual que las afiliaciones realizadas horizontalmente en el régimen de ahorro individual, para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Demandada **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante **ALEJANDRO JELKH SANDINO**, por concepto de cotizaciones obligatorias y/o voluntarias, en el evento que las hubiera hecho, bonos pensionales, en caso de haberse consolidado, y todos rendimientos financieros e intereses causados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibirlos aportes que efectúe **PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y que una vez ingresen esos valores por cuenta de **PORVENIR S.A.**, actualice la información de la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por cada una de las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las AFP demandadas **PROTECCIÓN, OLD MUTUAL, y PORVENIR**, las que se tasan en la suma de **UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE**, a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte Demandada **COLPENSIONES**, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

3.4. Argumentos de la Recurrentes.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

PORVENIR S.A. manifestó que, una de las preguntas efectuadas al demandante en su interrogatorio hizo referencia a que si para el año 2014, fecha en la que se trasladó a Porvenir, conocía que no podía trasladarse al RPM, respondiendo a dicha pregunta afirmativamente e indicando que ello era así por la edad.

Indicó que, debe tenerse en cuenta que el demandante es abogado de profesión y que laboró en una firma de abogados donde ostentaba el cargo de presidente, en donde realizaba asesorías de carácter pensional, por lo que al consultársele si conocía acerca de los rendimientos financieros, los aportes voluntarios y cómo ello incidiría en su mesada pensional contestó afirmativamente, así como indicó que conocía los requisitos del RAIS, además de aceptar haber recibido los extractos de aportes, comunicaciones de prensa, por lo que, si bien existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en los casos de nulidad de la afiliación e ineficacia del traslado, no puede dejarse de lado los aspectos fácticos y concretos de cada caso particular, en este caso tales como ser abogado de profesión, aspectos adicionales como ser el representante legal de una compañía la cual presta servicios de carácter laboral, ello debe tenerse en consideración al momento al momento de emitir el fallo correspondiente.

Refirió que, tanto el RPM como el RAIS están legalmente establecidos en la Ley 100 de 1993, con lo que fue el legislador el que aprobó dichos regímenes, los cuales fueron establecidos con sus características propias, por lo que concluir que el monto de la mesada pensional es más benéfica en uno o en otro régimen y someterse a este tipo de procesos son situaciones que desconocen aspectos de carácter legal.

Mencionó que no debe dejarse de lado, que si bien existe una línea jurisprudencial, incluso con la última sentencia esto es la SL 1452 de 2019, en la cual se indica que la nulidad de la afiliación se puede dar independientemente de si la persona es beneficiaria o no del régimen de transición, no puede pasarse por alto que existe un criterio de carácter legal el cual es prioritario y es el consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 que plantea una prohibición de carácter legal a los afiliados de trasladarse de régimen cuando les falten menos de 10 años para consolidar la edad mínima para su derecho pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

También consideró que el análisis del traslado de la carga dinámica de la prueba a las AFP que efectúa la sentencia SL 31989 del 2008 hace alusión a aspectos fácticos totalmente contrarios al presente proceso, teniendo en cuenta que se traslada la carga dinámica de la prueba a las AFP es cuando el demandante contaba con un derecho adquirido o una expectativa legítima frente a su derecho pensional, es decir en esos casos la AFP podía realmente hacer una simulación pensional o aconsejarle lo que en términos de la sentencia se denomina el deber de información y buen consejo de qué régimen le era más beneficioso al demandante, por lo que en este caso para el año de 1996 no podía concluirse qué régimen era más beneficioso para el demandante cuando le faltaban más de 20 años para consolidar su derecho pensional y características tales como el IBL, los rendimientos financieros, los aportes obligatorios y voluntarios que podría realizar durante ese lapso de 20 años eran situaciones que en ese momento desconocía Colmena- hoy Protección – con lo que no era dable concluir qué régimen era más benéfico para el demandante.

Expuso que, atribuirle solamente la carga de la prueba en estos casos a la AFP es una desproporción frente a atribuirle esa carga a otras demandadas, más aún cuando al momento en que se realiza el traslado con Porvenir el demandante ya se encontraba inmerso en una prohibición legal.

Finalizó precisando que, si lo decidido fue la ineficacia del traslado, esto es retrotraer el acto jurídico, no puede condenarse a devolver los rendimientos y gastos de administración realizados en la cuenta de ahorro individual del demandante teniendo en cuenta que, si bien es retrotraer el acto jurídico, es decir, como si el mismo no hubiese existido, los rendimientos financieros y gastos de administración son aspectos propios del RAIS.

3.5. Sentencia de Segunda Instancia.

Efectuado el trámite de rigor, el 17 de septiembre de 2019 se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

“PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

ello, se absuelve a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO.- Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.”

3.6. De la acción de tutela.

La parte demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado número 73352 CSJ STL11263-2024, dentro de la cual se profirió fallo el 3 de julio de 2024, en el cual se dispuso:

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por **ALEJANDRO JELKH SANDINO**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia emitida el 17 de septiembre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.

Decisión que fue notificada a este Despacho el 16 de septiembre del año en curso, por lo que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes:

4. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la A.F.P. COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Revocar parcialmente la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

4.1. De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de agosto de 1986 presenta aportes en tal régimen (fls. 47 archivo 01 subcarpeta 01 y archivo GRP-SCH-HL-2017_9610639-20170913085953 subcarpeta 02 carpeta 06); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 09 de mayo de 1996 (fls. 240 archivo 01 subcarpeta 01); y, efectuó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: 1) el 27 de mayo de 2010 a OLD MUTUAL S.A (fl. 197 archivo 01 subcarpeta 01), y 2) a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

PORVENIR S.A. el 1° de diciembre de 2014 (fl. 40 y 151 archivo 01 subcarpeta 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

Sobre este particular, conviene precisar que la H. Corte Constitucional en reciente sentencia CC SU107-2024, indicó que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes, ni al afiliado, ni a la AFP, por lo que es importante no 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 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, al respecto aseveró:

“328. Lo segundo que debe advertirse, es que con la flexibilización que se hace en esta Sentencia de unificación, sobre el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que **la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP)**. Para esta Corte es sumamente importante **no 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** 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.

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 officiar** 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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

333. Estas reglas probatorias debe usarse en todos aquellos procesos que siguen su curso actualmente, y en todos aquellos que se inicien con posterioridad” (Negrillas por la Sala).

4.2. Caso concreto

Aplicadas tales nociones al caso de marras, se itera, a folio 240 del archivo 01 subcarpeta 01, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 9 de mayo de 1996 con la extinta AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz. Al punto, CSJSL4426-2019 ha señalado que, *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*.

Así las cosas, si bien para la época en que el señor Jelkh Sandino se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (9 de mayo de 1996) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados o plasmar la información dada por escrito, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados, máxime cuando en esta jurisdicción no existe tarifa legal de prueba.

Adicionalmente, debe recordarse que la sanción jurídica al incumplimiento del deber de información, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al (a) demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Esto que se dice, puesto que en la sentencia CC SU-107 de 2024 impone al juez la carga de identificar si los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; b) 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.; y que en los términos que se planteó la demanda se hizo alusión a negaciones indefinidas, esto es, que en pocas palabras al momento del traslado “*el promotor de Pensiones y Cesantías Santander – Colmena S.A. (hoy Protección S.A.) no cumplió con el deber de proporcionar (...) una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría de la misma, así como explicarle cuál era el régimen pensional que más le favorecía (...), por lo que el funcionario guardó total silencio, pues simplemente se limitó a darle una explicación general*” entre otros aspectos, por lo que, en tales condiciones a quien le asistía el deber de probar era al correspondiente fondo privado con el que hizo el traslado inicial, que en este caso resulta ser Protección S.A. (antes Colmena).

Así mismo, resulta oportuno advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión; último aspecto que de igual manera fue flexibilizado a través de la aludida sentencia CC SU-107 de 2024, en la que se indicó:

“327. Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la nulidad y a la ineficacia del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (supra 220 y ss). Y, **(iii) 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 (supra 298 y ss)”. (Negrillas por la Sala).

Así, es menester advertir que se deben devolver los valores pagados por concepto de recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y bono pensional, únicamente. Con esto, se supera lo dicho en sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, que señalaba que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

En consecuencia, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, en cuanto se ordena que PORVENIR S.A., devuelva a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración, para en su lugar, ABSOLVER a PORVENIR S.A. del pago de tales rubros.

Igualmente, debió haberse dispuesto que PORVENIR S.A. realizara un informe, en el que deberán aparecer discriminados los aportes con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen, por lo que, el mentado numeral segundo se **MODIFICARÁ** en tal sentido.

En cuanto al argumento expuesto por la recurrente, referente a la prohibición de traslado por edad establecida en la Ley 797 de 2003, el hecho de que no es beneficiario del régimen de transición y que no tiene una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

expectativa legítima o un derecho adquirido, debe señalarse que, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al (a) afiliado (a) información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si es o no beneficiario del régimen de transición, o si está próximo o no a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Sobre el régimen de transición, en sentencia CSL SL1055 del 2022 Rad. 87911, expuso la máxima Corporación de cierre de la especialidad laboral:

“Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021).”

Y respecto a la prohibición o limitación de traslado por edad, en sentencia CSJ SL1475 de 2021 Rad. 84752, dijo la mentada Corporación:

“Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994.”

Posición reiterada, entre otras, en la sentencia CSJ SL 4145 del 2022 Rad. 90473, dijo la máxima Corporación de cierre de la especialidad laboral:

“La Corporación también puntualizó, que no es acertado, en perspectiva de pretensiones como las que elevó la recurrente, esto es, la nulidad y/o ineficacia del traslado, centrar la discusión en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que tal consideración, de la manera en que se razonó

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

en la sentencia CSJ SL1475-2021, desdibuja el pedimento de la instancia.”

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por Porvenir S.A. referente a que el demandante, ostenta la calidad de abogado y que por ello conocía del sistema pensional, ello no resulta acertado, pues la profesión que ostente un (a) afiliado (a), un determinado cargo o las funciones que desarrollaba en este, ni son relevantes ni demuestran que el (la) afiliado (a) hubiere expresado un consentimiento debidamente informado, con lo que el hecho de que el aquí accionante ostente tal profesión al momento de su afiliación a este fondo, no demuestra que la AFP con la que realizó el traslado inicial de régimen, en este caso Colmena hoy Protección, le hubiese brindado, al momento de su traslado, la información necesaria, clara, completa y suficiente, para adoptar la decisión de traslado de manera informada.

Al punto, se ha pronunciado la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, como por ejemplo en sentencia CSJ SL1729 de 2022 Rad. 90547, en donde la parte demandante era “*analista de crédito y vicepresidenta operativa y financiera*”, y en la que se dijo:

“contrario a lo afirmado por el *ad quem*, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).”

Posición reiterada en sentencias CSL SL 164 de 2023 Rad. 91056 y CSJ SL 311 de 2023 rad. 90469, esta última en la que se dijo: “*La accionante también indicó que era profesional administradora de empresas, que para el año 2008 cuando se trasladó de Protección a Horizonte, era gerente de BBVA leasing y que en los últimos años ha recibido los extractos mensuales de sus ahorros pensionales. Afirmaciones que, contrario a lo señalado por el colegiado, no evidencian que hubiese expresado un consentimiento debidamente informado al momento de su cambio de régimen, sin que para tal efecto resulte relevante la calidad profesional de la afiliada o el área laboral en que se desempeñaba, como equivocadamente lo consideró el Tribunal.*”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Ahora bien, respecto de los argumentos presentados por la recurrente, referentes a que el argumento de la demanda tiene que ver con el monto de la mesada pensional del actor, en sentencia CSJ SL1499 de 2022 Rad. 90704, la Corte expuso:

“Que no se diga, tampoco, que para la época en que la demandante se trasladó, la selección del régimen pensional no tenía relación con el monto de la pensión, pues **lo que se espera al momento del traslado no es precisamente que se le informe el valor futuro de la prestación, sino que se le explique que aquella depende del capital acumulado en la cuenta individual, por lo que, las AFP como expertas en el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuentan con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado.**” (Negrilla fuera de texto)

Lo que da al traste con lo argüido en tal sentido.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los aportes, rendimientos y bono pensional si lo hubiere, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

En todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

5. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.

Sin costas en esta instancia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

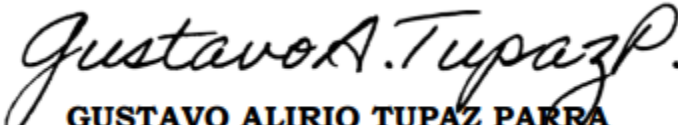
PRIMERO. – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, en cuanto se ordena que PORVENIR S.A., devuelva a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración, para en su lugar, ABSOLVER a PORVENIR S.A. del pago de tales rubros.

SEGUNDO. – **MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, para disponer que PORVENIR S.A. debe realizar un informe, en el que deberán aparecer discriminados los aportes con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

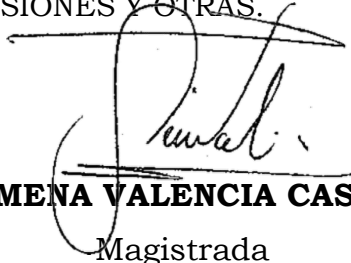
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2018 00706 01.

Demandante: ALEJANDRO JELKH SANDINO.

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado