

SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Aprobada en Sala de la fecha

Quibdó, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA

RADICADO	27001-31-05-002-2019-00216-01
PROCESO	ORDINARIO LABORAL - APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE	MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO
DEMANDADOS	COLPENSIONES – AFP PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ
DECISIÓN	CONFIRMA

I.- ASUNTO A DECIDIR

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 15-1 del Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020, vencido el término de traslado para alegar, profiere la Sala sentencia escrita, mediante la cual se decide recurso de **apelación** y el grado jurisdiccional de **consulta** de la sentencia No. 019 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, dentro del proceso en referencia.

II.- ANTECEDENTES

HECHOS. - Se resumen así:

- La señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO nació el 4 de enero de 1965; durante su vida laboral en el sector público fue afiliada en pensión a la Caja Nacional de Previsión Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones. “COLPENSIONES” y cotizó entre el 15 de diciembre de 1997, hasta el 31 de marzo de marzo de 1998.
- Se afilió desde marzo del año 1998 a la AFP PORVENIR S.A. trasladándose de esta manera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual. y contaba con 106 semanas de tiempo de servicios en el Régimen de Prima Media.
- Manifiesta que cuando se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el promotor de dicha entidad le dio una asesoría generalizada, en donde le indicó que sus aportes estarían mejor en una cuenta de Ahorro Individual, que no correrían ningún riesgo de perderse, ya que el ISS estaba prácticamente quebrado y que podría pensionarse anticipadamente.
- Que la AFP PORVENIR S.A. no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, esto es, no le advirtió con que IBC debía cotizar para efectos de



obtener una pensión anticipada, o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, como tampoco le informó a qué edad se redimía el bono pensional.

- Que PORVENIR S.A. NO cumplió con su deber de información y buen consejo con la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, al momento de efectuar el traslado de ésta, del régimen de prima media al de ahorro individual.
- Que según la documentación que se aporta, acredita 54 años de edad y cuenta con 1.201.4295 (sic) semanas de aportes al sistema pensional.
- Que el 9 de julio de 2019, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., se sirviera realizar una proyección pensional con respecto al valor de la mesada pensional, pero esta solo se limitó a contestar que la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, no reunía los requisitos para ser trasladada de la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR a COLPENSIONES.

2

PRETENSIONES. - La accionante pretende que se profieran las siguientes:

DECLARACIONES PRINCIPALES

PRIMERO: Que se DECLARE la INEFICIENCIA del traslado de fondo de pensiones de la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, de la Caja Nacional de Previsión Social, hoy COLPENSIONES, hacia la Administradora PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, al régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, conservando allí los derechos pensionales del régimen del cual es destinataria como si nunca se hubiere trasladado al RAIS.

TERCERO: Que se declare que la AFP PORVENIR S.A., está obligada a devolver los aportes junto con sus rendimientos realizados por la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES.

CONDENAS:

PRIMERA: Que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES -, todos y cada uno de los aportes que la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, efectuó al régimen de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, y sin ningún descuento por cuota de administración

SEGUNDA: Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a reactivar la afiliación de la señora MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO, al régimen de prima media con prestación definida, conservando los derechos del régimen pensional del cual es destinataria como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.



ACTUACIÓN PROCESAL.- Mediante auto interlocutorio No. 649 del 07 de octubre de 2019¹, fue admitida la demanda contra **COLPENSIONES Y PORVENIR**; en auto No. 741 del 18 de noviembre de 2019² se tuvo por contestada por parte de las demandadas; se celebró la audiencia respectiva el días 12 de marzo de 2020.

PRONUNCIAMIENTO DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES. - Indicó que algunos hechos no le constan, otros los aceptó como ciertos y otro como parcialmente cierto, se opuso a todas una de las pretensiones y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación y excepción innominada.

PORVENIR. - Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó que no le constan algunos de los hechos, que otros son ciertos y agregó que otros no son ciertos y finalmente propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

ACERVO PROBATORIO. - Obran los documentos vistos a 15 al 26 del expediente.

III.- PROVIDENCIA MATERIA DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, en **sentencia No. 019**, proferida el 12 de marzo del 2020, "...**Declaró**, no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A.

Declaró la ineficacia de la vinculación de la señora la señora **MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO** a PORVENIR S.A.

Ordenó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en sus cuentas de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros

Ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que una vez PORVENIR S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado de la señora **M MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO**, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

Condenó en costas a la demandada PORVENIR, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S. A, como agencias en derecho, se señala el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensuales vigentes para esta anualidad. Inclúyase en la liquidación de costas que se practique por Secretaria.

Absolvió a la demandada COLPENSIONES, y a PORVENIR de las demás pretensiones de la demanda."

Consideró la primera instancia que la señora **MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO** tiene derecho a que Porvenir le traslade la totalidad de sus ahorros a Colpensiones y a que Colpensiones que los reciba.

¹ Folio 28

² Folio 78

IV.- RECURSO DE APELACION

PORVENIR S.A.- Interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado de la siguiente manera:

Considera que el despacho no aplicó en debida forma la consecuencia procesal de la inasistencia de la parte actora a la audiencia de trámite y juzgamiento para absolver interrogatorio de parte.

Pues si bien manifestó en su momento procesal oportuno que se aplicaba tal consecuencia, lo cierto es que lo allí manifestado no fue congruente con el fallo esbozado, en el cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Que es entendible que existe un precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia por vía de la cual se analizan la ineficiencia del traslado, invirtiéndola con la carga de la prueba en cabeza de la AFP del RAIS, lo cierto es que ello se aplica en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, con base en la negación indefinida de la parte actora, las cuales deben ser probada por la AFP con el hecho positivo contrario.

Indica que este caso al haberse declarado confeso los hechos de la demanda que son susceptibles de confesión, los mismos fungen como prueba del hecho positivo que declara improbada las negaciones indefinidas de la parte actora y en consecuencia se aplica otra vez la carga dinámica de la prueba, teniendo la parte actora qué haber desvirtuado esos hechos que se declararon confesos.

Y frente a su inasistencia injustificada, tal situación se hace inocua, no existiendo otra consecuencia que declarar la improsperidad de las pretensiones de la demanda y en consecuencia, la absolución de su representada; nótese como quedaron probados los hechos 6°, 7°, 9° 10° y 11° de la contestación de la demanda, que dan cuenta de una debida asesoría por parte de porvenir.

No puede en última el despacho desconocer lo esbozado y premiar el desgano probatorio y la desidia de la parte actora quien incluso desatendió la orden judicial de presentarse a esta audiencia.

Solicita se revoqué en su totalidad la decisión de instancia y se sirva absolver a su representada en todas las pretensiones incoada en su contra.

V.- TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación y se asumió el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia. Vencido el término de traslado de que trata el artículo 15-1 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, las partes no se pronunciaron.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA. - Esta Sala es competente para decidir el recurso de **APELACIÓN** y el grado jurisdiccional de **CONSULTA** de conformidad con lo establecido en el artículo 15, literal B, numeral 3 del C.P.L y de la S.S, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.



PROBLEMA JURÍDICO. - Radica en determinar: (i) si procede la declaratoria de confeso de los hechos de la demanda, ante la inasistencia injustificada de la actora a la audiencia de trámite, en los términos aludidos por el apelante, que conduzcan a negar las pretensiones de la demanda. (ii) Si fue acertada la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia de la vinculación de la actora al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., al no haber recibido información suficiente acerca de las ventajas o desventajas de estar en uno u otro régimen pensional. (iii) Si Porvenir S.A. debe trasladar todo lo ahorrado por la señora **MARÍA MILSA URRUTIA LEUDO**, en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones. (iv) Si procede la excepción de prescripción propuesta.

PREMISA NORMATIVA y JURISPRUDENCIAL

NULIDAD E INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. La Ley 100 de 1993, artículo 13, literal b)³ en lo que atañe a la afiliación o traslado de régimen de pensiones, dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria y contempló en el artículo 271, en concordancia con los artículos 272 *Ibídem*, 13 del C.S:T: como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que la afiliación respectiva quedará sin efecto, pudiendo realizarse nuevamente, en forma libre y espontánea, por parte del trabajador.

De otra parte, el literal e) *ibídem* estableció que una vez efectuada la selección inicial ... *solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional, término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.*

Como lo ha decantado la jurisprudencia, cuando se trata de traslado de régimen de pensiones, atendiendo a la normatividad en comento, el juez debe verificar si en realidad no existió vicio del consentimiento, producido por una información inadecuada para con el cotizante, lo que quiere decir que la información que este reciba debe ser libre, consciente.

Además de lo anterior, debe quedar claro que el posible afiliado quedó debidamente informado sobre las implicaciones de esa decisión por parte de la Administradora de Fondos, **la que tiene la carga de demostrar la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen**, sea decir que tal traslado fue debidamente informado y documentado, por las consecuencias que genera tal elección, de tal manera que si así no acontece, sea decir si no hay prueba de ello, deviene la ineficacia del traslado, ocasionado por una indebida información.

Sobre este tema ha quedado fijada la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, contenida en:

³ **ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones.** Reglamentado por el Decreto Nacional 3995 de 2008, Reglamentado por el Decreto Nacional 1051 de 2014. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

a) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003 La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;

b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. *El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley;*



(i) la **sentencia del 22 de noviembre de 2011⁴**, en la cual ha señalado que las AFP deben garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma y consciente, lo cual es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

(ii) En la sentencia **SL17595 de 2017⁵**, rad 46292, que trajo a cita la sentencia del 9 de septiembre de 2008, con número de radicado 31989, en la que se destacan **los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes**

(iii) De otra parte, en SL1452 del 3 de abril de 2019, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se refirió a la carga de la prueba en cabeza de la AFP y a las implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado, la que fue reiterada en la sentencia **SL4360 de 9 de octubre de 2019⁶**.

⁴ M.P. Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, Rad. No. 33083, en la cual retrotrajo lo dicho sobre el tema en sentencias del 9 de septiembre de 2008, con número de radicados 31989 y 31314, y la reiteración de ésta postura en la Sentencia del 3 de septiembre del año 2014 con ponencia de la misma Dra. Cuello Calderón, cuyo radicado es 46292⁴.

⁵ M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA. "Pues bien, analizado el material persuasivo, no encuentra la Corte que COLFONDOS haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

⁶ "Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.
(...)

Por esto mismo, 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)."

PRESCRIPCIÓN. - Tiene decantado la jurisprudencia, en forma pacífica y reiterada, que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, no así las mesadas pensionales. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019⁷.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. - En el presente caso obran como pruebas las siguientes:

1. Solicitud de traslado de Régimen de Pensión y Proyección o Simulación Pensional, elevada a PORVENIR.
2. Solicitud de Traslado de Régimen de Pensión realizado a COLPENSIONES.
3. Respuesta a la solicitud de traslado de Régimen elevado ante COLPENSIONES.
4. Respuesta a la solicitud de traslado de Régimen elevada ante PORVENIR.
5. Certificado de Existencia y Representación Legal de PORVENIR S.A.
6. Poder.

En el caso que se estudia por vía de **APELACIÓN Y CONSULTA**, se abordan estos temas puntuales:

I.- ARGUMENTO DEL APELANTE PORVENIR S.A.- PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE CONFESO.- El argumento traído por la AFP Porvenir en punto de apelación, consiste en que como consecuencia procesal de la inasistencia de la parte actora a la audiencia de trámite y juzgamiento para absolver interrogatorio de parte, debieron declararse confeso los hechos de la demanda que son susceptibles de confesión, pues considera que *“los mismos fungen como prueba del hecho positivo que declara improbadamente las negaciones indefinidas de la parte actora y en consecuencia se aplica otra vez la carga dinámica de la prueba, tendiendo la parte actora a haber desvirtuado esos hechos que se declararon confesos”*.

Sobre este tópico, es pertinente anotar que no es de recibo para la Sala, toda vez que conforme a lo expuesto por el 77-1 del CPTSS, una de las consecuencias procesales de la inasistencia del demandante a la audiencia, es que *se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito*, por ende no permite aplicar la confesión respecto de los hechos de la demanda, menos de una negación indefinida plasmada por la parte actora que traslada la carga probatoria a la demandada.

⁷ “Por último, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años.”



Ahora bien, no puede pretender la apelante que se traslade la carga probatoria para dar por demostrado un hecho que solo ella le incumbe, aportando las pruebas tendientes a corroborar los hechos que constituyen el fundamento de sus alegaciones, teniendo en cuenta que la aplicación de la tesis de la carga dinámica de la prueba no es absoluta ni opera de forma automática, y menos en este caso en el que se está ante una negación por parte de la demandante, que sin duda alguna de haber absuelto el interrogatorio se ratificaría en lo plasmado en los hechos, por tanto, la no asistencia a la audiencia, no puede favorecer a la demandada apelante en el sentido de obtener confesos unos hechos que requieren demostración de parte quien lo afirma y no de quien lo niega.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que ha sido suficientemente decantado, que en los casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, se le cuestiona a la demandada el haber omitido su deber de proporcionar a la demandante la información de manera completa y comprensible, sobre las consecuencias del traslado de fondo, atendiendo el deber del buen consejo como especialista en estos temas y es en ese contexto que debe demostrar que sí lo hizo, acudiendo a los diversos medios de prueba y como lo ha precisado la jurisprudencia, no basta ni siquiera con alegar que se firmó el formulario de afiliación, por lo tanto no es de recibo admitir la confesión en los términos invocados por el apelante.

I.- NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.- En cuanto a este tema, como lo ha decantado la jurisprudencia⁸ y quedó plasmado en párrafos precedentes, siempre ha existido ese deber de información por parte de las AFP, desde su creación, destacándose que el simple consentimiento informado en el formulario de afiliación no es suficiente, se requiere la prueba del mismo, carga que recae en la AFP, toda vez que no le es dable a la parte actora acreditar un hecho que se sustenta en una negación indefinida, de cara a lo establecido por el artículo 167⁹ del CGP, aplicable por remisión en materia laboral, según lo previsto por el artículo 145 del CPTSS.

Adicionalmente, debe anotarse que no existe ninguna prueba que acredite la existencia de libertad informada en el traslado de régimen de la actora al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, como lo previene la jurisprudencia¹⁰, ni mucho menos, que se le hubiere informado sobre las implicaciones graves que tenía el trasladarse de régimen pensional.

Ahora, no se puede dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, la carga de la prueba no debe estar en la parte débil de la relación contractual, de modo que es la administradora del Fondo de Pensiones, la que tiene una posición de profesionalismo, experticia y control de operación, en consecuencia, es la llamada a demostrar que en realidad entregó a la afiliada, una información completa, veraz y suficiente, informando sobre los efectos del traslado de régimen de pensiones, correspondiéndole incluso “*desanimar a los*

⁸ CSJ SL 881 DE 2020 M.P. Dolly Amparo Caguasango (Rad No. 70247) y SL4426-2019.

⁹ “Los hechos notorios y las afirmaciones o **negaciones** indefinidas no requieren de prueba”.

¹⁰ CSJ SCL- Sentencias relevantes SL 1452 y SL 4360 de 2019

interesados de tomar una opción que claramente le perjudica.”

De cara a lo anterior, “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, lo que correspondía a PORVENIR S.A., no solo por ser a quienes se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente, previa al traslado y consecuente afiliación de la demandante, sino por lo denominada *carga dinámica de la prueba*¹¹, asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales. Por lo tanto, ante la ausencia probatoria en este tópico, deviene procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la actora.

Sobre este tópico, la SCL en la sentencia citada SL17595 de 2017, rad 46292, precisó: “Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.” (Negrillas y subrayas de la Sala).

III.- CONSECUCENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.- Conforme a lo anotado, ante la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, se impone para la AFP PORVENIR S.A., la devolución al sistema, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado,(CSJ SL7595 de 18 de octubre de 2017. Rad No. 46.292¹²), incluyendo los gastos de

¹¹ Módulo prueba judicial, análisis y valoración, escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, autor Jairo Iván Peña: “...corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Léopori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos “(...) el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado”.293.

La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligada a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del onus probando hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005:135).

En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares condiciones (técnicas, científicas, institucionales etc.) y su proximidad con respecto a la prueba, para que se aporte.

Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.

Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes. La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70)” (SIC) (Ver sentencia de mayo 18 de 2016 Tribunal Superior de Bogotá Exp. 03-2014-00641-01 MP Diego Roberto Montoya Millan).

¹² “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, adocrinó:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

“En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a

administración y comisiones, con cargo a sus utilidades. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y SL4360 de 2019. R. 68852).

Por lo tanto, según lo decantado por la jurisprudencia, la orden en sentido emitida en la sentencia objeto de consulta, debe cumplirse en los términos precisados, sea decir involucrando **todos los valores que hubiere recibido** la AFP porvenir con motivo de la afiliación del actor.

IV.- PRESCRIPCIÓN. - No hay discusión alguna sobre la imprescriptibilidad de la acción encaminada a obtener la ineficacia de traslado en el régimen pensional, como lo precisó el *a-quo*, lo que hace inadmisibles la alegación en este tópico e improcedente la declaratoria de la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

CONCLUSIÓN. - Conforme a las consideraciones plasmadas, no son admisibles los argumentos del apelante, deviniendo acertada la decisión que se revisa, por lo tanto, la ineficacia del traslado de régimen pensional genera las consecuencias que dieron lugar a las órdenes contenidas en la sentencia de primera instancia, respecto de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Por ello, se confirmará la sentencia apelada y consultada. No hay lugar a condena en costas en esta instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365-8 del CGP.

VII.- EL FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE QUIBDÓ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia No. 019 del 12 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, conforme a las razones plasmadas en la parte motiva.

reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

“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.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

“Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.



SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia. Fenecida la misma, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados¹³,



LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA



MÓNICA PATRICIA RODRÍGUEZ ORTEGA



JHON ROGER LÓPEZ GARTNER

Firmado Por:

Luz Edith Diaz Urrutia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 3 Única
Tribunal Superior De Quibdo - Choco

Jhon Roger Lopez Gartner
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Única
Tribunal Superior De Quibdo - Choco

Monica Patricia Rodriguez Ortega
Magistrada
Sala Única
Tribunal Superior De Quibdo - Choco

¹³ Firma escaneada Decreto 491 de 2020, artículo 11. Decreto 1287 del 24 de septiembre de 2020, artículo 2. Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11632, mediante los cuales el Consejo Superior de la Judicatura adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la salud como una Pandemia, emergencia de salud pública de impacto mundial, entre ellas el trabajo en casa y el uso de herramientas tecnológicas de apoyo.

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:

84924725bc470feb466a81c233ff881f99be6f129dcbde93d8efad27051cc39b

Documento generado en 26/08/2021 12:44:24 p. m.

