

SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

(Proyecto discutido y aprobado en sala de la fecha)

RADICADO	27-001-31-05-001-2021-00006-01
PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BLANCA STELLA CHIQUILLO AGUILAR
DEMANDADAS	1.- AFP PROTECCIÓN S.A. 2.- COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO 1º LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ
ASUNTO	APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA n.º 53 DEL 14 DE ABRIL DE 2021
DECISION	CONFIRMA
CIUDAD YFECHA	Quibdó, Chocó, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado ponente: Dr. JHON ROGER LÓPEZ GARTNER

OBJETO:

Decidir el recurso de apelación interpuesto por ambos entes demandados contra la sentencia emitida en primera instancia dentro del asunto del encabezado, para lo cual se ha dispuesto el trámite que reglamenta el Art. 15 del Decreto Legislativo n.º 806 del 4 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

La señora **BLANCA STELLA CHIQUILLO AGUILAR**, a través de apoderado judicial, instauró demanda con acción ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante, **PROTECCIÓN**) y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante, **COLPENSIONES**), con la que pretende que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que se le ordene a **PROTECCIÓN** que traslade a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, cuota de administración, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, y se ordene a esta última a recibir tales valores y a afiliarse a la demandante desde el 29 de agosto de 1994, además de las demás condenas *ultra y extra petita* y en costas.

Para sustentar fácticamente tales aspiraciones, la demandante adujo que



nació el 14 de abril de 1962 y desde enero de 1983 venía afiliada y realizando aportes al RPMPD administrado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE, hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP, hasta el 30 de junio de 1995 que se presentó a su lugar de trabajo un asesor de la AFP DAVIVIR, actualmente fuera del comercio, sin previa capacitación ni orientación técnica, adecuada y suficiente, a convencerla para el cambio de régimen pensional, afirmándole que era más beneficioso para sus intereses, que el porcentaje de pensión de vejez era superior en el RAIS que en el RPMPD, que podía pensionarse con el 90% del último salario mensual devengado y en cualquier tiempo y retirarse cuando quisiera, y que todas esas cajas de previsión se iban a acabar, pero nunca le informó que tenía un tiempo determinado para devolverse al RPMPD, ni que para lograr una pensión superior a un salario mínimo debía realizar cotizaciones adicionales a través de aportes voluntarios, no se le hicieron las proyecciones comparativas para ilustrarla sobre sus ventajas o desventajas, ni se le hizo el cálculo actuarial que le permitiera sopesar las cosas y tomar finalmente una decisión favorable a sus intereses, ni se le puso de presente las eventuales incidencias jurídicas favorables o no al migrar al RAIS.

Que fue el propio asesor el que llenó el formulario de afiliación con los datos personales que ella le daba, sin que ella le pidiera realizar la diligencia de traslado de régimen pensional por escrito, y que firmó dicho formulario creyendo que lo que le había dicho era cierto.

Que según certificación expedida por la PROTECCIÓN, se encuentra afiliada a ese fondo desde el 5 de julio de 1995, al parecer por fusión de DAVIVIR, sin su consentimiento.

Asegura que fue inducida al error porque ni DAVIVIR ni PROTECCIÓN le brindaron la información necesaria para que tomara la decisión que mejor se adecuara a sus intereses, viciando así su consentimiento.

El 23 de diciembre de 2020 solicitó a PROTECCIÓN, a través de apoderado judicial, el traslado de régimen y de los aportes realizados, y recibió como respuesta, el 11 de diciembre siguiente, que no es posible realizar dicho traslado por encontrarse dentro de las limitantes del literal e, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2°, de la Ley 797 de 2002, por tener 58 años de edad, lo cual le impide retornar al RPMPD, y además por no cumplir con los presupuestos establecidos en la sentencia SU 062-10.

Mediante escrito del 16 de diciembre de 2020 solicitó a COLPENSIONES, a través de su abogado, recibir y validar el traslado de régimen así como el



de los aportes realizados a su cuenta de ahorro individual, y en respuesta del 17 de diciembre siguiente le negaron lo pedido.

LAS PRUEBAS:

Como prueba documental, allegó:

- Copia de la cédula de su ciudadanía.
- Copia del radicado n.º OFI21-00006966/IDM 13082000.
- Historia laboral de CAJANAL en certificación CETIL.
- Formulario de afiliación a DAVIVIR.
- Constancia de afiliación a PROTECCIÓN.
- Copia de la Historia Laboral PROTECCIÓN S.A.
- Copia del oficio del 11/12/2020, a través del cual solicitó traslado pensional a PROTECCIÓN.
- Respuesta de PROTECCIÓN a su solicitud de traslado, de fecha 16 de diciembre de 2020.
- Solicitud a COLPENSIONES y su respuesta.

TRÁMITE PROCESAL:

Mediante auto interlocutorio n.º 39 del 26 de abril 2021 se admitió la demanda, ordenándose la notificación personal a los representante de las demandadas e informar la decisión a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado.

La demanda fue notificada en debida forma a la parte demandada y al responder PROTECCIÓN se opuso, tanto a los hechos de la demanda como a las pretensiones de la misma.

Afirmó que el traslado de régimen pensional se ejecutó conforme a la preceptiva vigente, por lo que produjo los efectos que ordena la ley y ha tenido plena eficacia durante los 26 años de vigencia del acto jurídico, de lo cual se concluye que la afiliación que realizó la señora CHIQUILLO AGUILAR a la AFP PROTECCIÓN fue válida.

Aduce que la demandante suscribió el formulario de vinculación a DAVIVIR en el año 1995, siendo efectiva su afiliación a partir del 1 de julio del mismo año y resaltó que la señora CHIQUILLO AGUILAR, al suscribir el formulario de vinculación, expresamente declaró que lo hizo de forma libre, espontánea y sin presiones, y, en constancia, estampó su firma en la casilla denominada “VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN”.



Sostiene que la demandante se encuentra excluida de la posibilidad del traslado de régimen, por expresa prohibición al tenor de lo establecido en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, y no cumple los lineamientos de las providencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, mediante las cuales la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró los requisitos para la procedencia del traslado de afiliados del RAIS al RPMPD, de las personas amparadas por el régimen de transición, pues la demandante sólo tenía 31 años de edad el 1 de abril de 1994, como tampoco logró acreditar los 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, necesarios para que en virtud de las sentencias antes indicadas, proceda el traslado de régimen con independencia de la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003.

Indica que en el evento de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, lo procedente es solo el traslado de los aportes financieros y los buenos rendimientos otorgados.

Señala que no existen presupuestos legales para que se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que tiene depositados en la cuenta individual de ahorro pensional.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN y PRESCRIPCIÓN.

Como prueba documental, aportó:

- Historial de vinculaciones en SIAFP ASOFONDOS.
- Historia Laboral de la demandante.

Solicitó que se recibiera el interrogatorio de parte a la demandante con el reconocimiento de los documentos que contenga su firma y obren en el proceso.

Por su parte, COLPENSIONES, al responder, también se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando algunos hechos y manifestando no constarle otros.

Señala que estamos frente a un asunto que involucra una comparación netamente financiera, mas no sobre la esencia que dé lugar a la declaratoria de ineficacia del negocio jurídico suscrito entre la demandante y PROTECCIÓN, hecho que desnaturaliza el presente proceso, pues el objeto del mismo es la protección de la expectativa pensional, derecho que



a todas luces no está siendo vulnerado por parte de PROTECCIÓN, ya que no existe negativa para su reconocimiento.

Sostiene que la demandante no puede pretender ser trasladada nuevamente al RPMPD, pues es claro que, como lo manifiesta la norma (artículo 2° de la Ley 797 de 2003), aquella ya superó la edad permitida para realizar el cambio de régimen, advirtiendo, además, que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del RPMPD, pues el objeto central del presente proceso está encaminado a declarar la ineficacia del traslado en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero.

Propuso como excepciones de mérito, las siguientes:

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.
- BUENA FE DE COLPENSIONES.
- IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.
- PRESCRIPCIÓN
- COMPENSACIÓN
- INNOMINADA

Como pruebas, pidió, respecto de la documental aportada por la demandante, que los documentos emanados de terceros y aportados por dicho extremo sean ratificados por quien los suscribe, y allegó las siguientes:

- Sustitución de poder debidamente otorgado con sus soportes.
- Historia laboral de la demandante.
- Expediente administrativo NOTIFICACIÓN.

Pidió, también, recibir el interrogatorio de parte de la demandante.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Quibdó, mediante sentencia n.° 53 del 14 de abril de 2021, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por ambos extremos demandados, y, en consecuencia, declaró la ineficacia de la vinculación de la señora BLANCA STELLA CHIQUILLO AGUILAR, realizada el 30 de junio de 1995, a la AFP DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN S.A.).

También le ordenó a PROTECCIÓN que traslade a COLPENSIONES, y a este que reciba, la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y los gastos de



administración, y condenó en costas a las demandadas en el 50% a cada una y fijó como agencias en derecho la suma de \$908.526.

Para el juez *a quo*, PROTECCIÓN no demostró que cumplió con su deber de orientar a la demandante respecto de los beneficios y perjuicios que tiene cada régimen, explicándole de manera clara y precisa todos los elementos que componen el mismo, para que la selección efectuada por ella fuera la más acertada, pues no existe prueba alguna que permita indicar que a la demandante se le brindó la suficiente información respecto de su situación particular, y ello no se desprende tampoco de la declaración rendida por esta.

EL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada judicial de COLPENSIONES fundó su inconformidad contra la decisión de primera instancia, manifestando no compartirla por cuanto no le asiste derecho a la demandante de solicitar el cambio de régimen por encontrarse inmersa en la restricción de edad contemplada en el literal E, del artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y por cuanto el interés propio de este proceso no es otro que la de variedad en cifras, conforme se indica en la declaración rendida por la demandante, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

Solicitó modificar la sentencia de instancia en tanto que en ella se ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones realizadas por la demandante, como aportes y rendimientos, gastos de administración y además los aportes al fondo de pensión de garantía mínima y cuotas de seguros provisional, si se tiene en cuenta que en sentencia que sirve de base para la declaratoria de ineficacia del traslado, la SL81989 del 2008, se ordenó a los fondos de pensiones privados, incluso con cargo a su propio patrimonio, la devolución de la totalidad de la cotización, a más que todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional en el que se encuentran las sentencias SU062 del 2010, SU130 del 2014 y de la Corte Suprema de Justicia, siendo las más recientes las SL4989 del 2018 y SL1688 del 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, en razón del Art. 48 constitucional, precisamente porque las personas que se cambian del RAIS al RPMPD están *ad portas* de pensionarse y es COLPENSIONES quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera.



Solicitó, igualmente, que se modifique la sentencia de instancia en cuanto a la condena en costas, puesto que esa entidad nada tuvo que ver con que la demandante haya migrado de régimen.

Por su parte, el apoderado judicial de PROTECCIÓN recurrió la decisión, bajo el argumento de no compartir la orden dada a su representada de devolver las cuotas de administración, toda vez que, según lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los pagos recibidos por esa AFP por dicho concepto son un porcentaje que se destina para pagar la administración y un 1.5 % se destina a pagos de seguros provisional, costos que ya se causaron y beneficiaron a la actora, no solo en la reducción de rendimientos financieros, sino al protegerla contra riesgos de muerte e invalidez, razón por la cual no se deben incluir en el concepto de traslado a COLPENSIONES, si se tiene en cuenta que esos saldos no se destinan directamente a la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Hizo hincapié en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, en su literal b, que dice que si el traslado se produce del RAIS al RPMPD, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, pero no se menciona que se deban transferir las cuotas de administración, esto sería un enriquecimiento a favor de COLPENSIONES y afecta gravemente el patrimonio de PROTECCIÓN.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto del 31 de mayo del año en curso se admitió el recurso y se dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2º, del Art. 15, del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Vencidos los traslados respectivos, fue pasado el proceso a Despacho por la Secretaría General de la Corporación el 23 de junio último, informando que solo la parte demandante presentó alegatos de conclusión, escrito que, una vez analizado, permite colegir que básicamente insiste en los argumentos expuestos en la demanda frente a la procedencia del traslado de régimen pensional por ineficacia y/o nulidad del acto del traslado por vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES:

1.- La competencia:

Ninguna discusión existe a este respecto, dado que en el plenario convergen los supuestos fácticos del artículo 15, literal B, numeral 1º, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPT).



2. Problemas jurídicos:

La Sala deberá resolver: **(i)** si fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS; **(ii)** si PROTECCIÓN debe trasladar a COLPENSIONES todo lo ahorrado por la señora CHIQUITO AGUILAR en su cuenta de ahorro individual; **(iii)** si procede la excepción de prescripción propuesta y, por último, **(iv)** si debe condenarse en costas a las demandadas.

3.- Solución a los problemas jurídicos:

3.1.- De la eficacia del traslado de régimen pensional de la demandante:

De acuerdo con lo dispuesto por el literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen pensional que prefieran, permitiéndoles el traslado de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, sin que el afiliado pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

No obstante, dicha disposición ha sido decantada en abundante jurisprudencia de las Altas Cortes, en la que se ha determinado que la prohibición de traslado establecida en el aparte normativo citado, *“vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de los afiliados, en tanto presenta una extralimitación desproporcionada e irracional.”*¹

Por lo dicho, existe la posibilidad de que, judicialmente, pueda declararse la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, ordenar su retorno aun cuando al afiliado le falte menos de 10 años para cumplir la edad establecida para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando se demuestre que al momento de realizar la migración cuya reversión se deprecia, el afiliado no haya recibido información cierta, suficiente y oportuna por parte del fondo privado.

Es así que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral del Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, es estrictamente necesario que el afiliado haya recibido la información debida al momento del traslado, pues dentro del proceso judicial, según lo dispuesto por esa magistratura en la sentencia SL4343 de 2019, es obligación de las

¹ Sentencia C/081 de 2018 de la Corte Constitucional.



administradoras demostrar que no hubo asimetría de la información y, por lo tanto, proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que, al momento de producirse el traslado entre regímenes, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente su situación particular.

Aunado a lo anterior, esa misma Corporación, en sentencia SL1452-2019 del 3 de abril de 2019, radicación 68852, indicó:

“...De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían 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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...”

Así las cosas y respecto a la ineficacia del traslado del régimen pensional cuando el fondo privado omitió o no demostró dentro del trámite del proceso el haber brindado la información al afiliado en los términos ya decantados en la presente providencia, nuestro superior funcional, en la sentencia *ibídem*, recalcó:

“...La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que



proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto...”

Entonces, se tiene que para ser procedente la declaración de la ineficacia del traslado, no es necesaria la existencia de un derecho consolidado o una simple expectativa para acceder a la pensión de vejez en el RPMPD por parte del afiliado, pues lo único que debe estar bajo la observancia del operador judicial, es el hecho de haber existido, o no, el cumplimiento por parte del fondo de pensiones a su obligación de brindar la información a la persona de manera veraz, íntegra y completa al momento de realizarse el traslado.

En cabeza de los fondos privados, para el caso la AFP PROTECCIÓN S.A., está la carga de probar, no solo por ser a quien 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 que se denomina por la doctrina la ‘carga dinámica de la prueba’², asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los medios

² 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.



para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales, y por eso le correspondía acreditar que la información suministrada a la afiliada al momento de su traslado del régimen pensional fue veraz, oportuna y suficiente, con explicación de todo lo que implicaba estar en uno u otro régimen, para que la señora BLANCA STELLA CHIQUILLO AGUILAR pudiera, de manera consciente y voluntaria, adoptar la decisión de trasladarse al sistema que más le convenía.

No obstante lo anterior, PROTECCIÓN abandonó tal deber como que no desvirtuó las afirmaciones de la parte demandante en torno a su afiliación irregular al RAIS, pues la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, tal como lo pregona el Art. 1604 del Código Civil, resultándole aplicable las consecuencias de su inactividad, que no es otra que la nulidad del traslado de la pretensora del RPMPD al RAIS, acorde con lo dicho sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, puntualmente en la sentencia SL17595-2017, radicado n.º 46292 del 18 de octubre de 2017, con ponencia del Dr. Fernando Castillo Cadena, según la cual:

“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

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).



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.”

Así pues, el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones emana de una responsabilidad de carácter profesional, que como ha recalcado esta Sala ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado

Para este Juez Colegiado, en consecuencia, resulta claro que la demandante no contó con la suficiente información al momento de realizar su traslado del RPMPD al RAIS, pues hizo esa variación de régimen pensional desconociendo las desventajas que traería dicho cambio, tal como se desprende del interrogatorio de parte que rindió la señora Chiquito Aguilar en la audiencia pública de trámite y fallo en primera instancia, donde dijo que a la oficina donde trabajaba llegó un asesor de DAVIVIR a decirles a ella y sus compañeros que se tenían que trasladar a ese fondo porque se iba a acabar CAJANAL, que era el fondo al cual ella estaba afiliada, y que si no lo hacían perderían la plata que tenían ahí, que en ese fondo privado se pensionarían con el 90% del último sueldo devengado y antes de la edad que exige el gobierno, que fue lo único que se les dijo en esa reunión personalizada que, considera, duró unos 30 minutos, y que no leyó el formulario porque confió en lo que se les dijo; por eso lo suscribió sin saber lo que decía. Que quiere trasladarse a COLPENSIONES porque en PROTECCIÓN se pensiona con un salario mínimo y en el fondo público con un 70 u 80% del sueldo de años anteriores. También precisó que los extractos le están llegando a su correo cada 3 meses, aproximadamente.

Ahora, si bien de ese interrogatorio se desprende que la señora BLANCA STELLA CHIQUILLO AGUILAR firmó el formulario de afiliación a PENSIONES DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, sin presiones ni coerciones, a efectos de zanjar cualquier duda en lo que atañe al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el referido documento, ha de decirse que este no constituye, en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que esos supuestos no fueron puestos al descubierto en este asunto por la codemandada PROTECCIÓN, a más que ese formulario no es un eficaz medio probatorio que permita inferir que se le haya proporcionado a la trabajadora la información adecuada y veraz para migrar libremente de régimen pensional, ya que, por demás, se repite, las afirmaciones de la



actora en torno a la desinformación no fueron desvirtuadas por las accionadas.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconozcan la incidencia que el cambio del régimen pueda traer en sus derechos prestacionales y tal requisito no puede darse por satisfecho con una simple expresión genérica plasmada en un documento como el formulario de afiliación; según esa corporación, la expresión libre y voluntaria del literal B del artículo 13 de la Ley 100 del 93 presupone de forma necesaria conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las repercusiones del cambio de régimen pensional; en este punto, nos permitimos citar la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46292, donde nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria manifestó: *“de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras del fondo de pensiones, dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena declarar la ineficacia ese tránsito, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgado podrá abalar su transición. No se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le basta con advertir que existió un traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester para la solución, advertir que la misma es válida.”*

El Alto Tribunal tiene establecido que la administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo que es propiedad de los afiliados, tal como lo prescribe el artículo 97 del Sistema de Seguridad Social Integral, que la ley radica en tales administradoras el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, deber que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, que la administradora, por la necesidad que tiene el sistema, actúa mediante instituciones especializadas e idóneas con conocimientos y experiencias en las cuales puedan confiar lo ciudadanos que entregan sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana, en caso de muerte prematura, particularidades que ubican a la administradora en el campo de la responsabilidad profesional, que las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios inherentes a la calidad de las instituciones de carácter previsional y que se tasa con una vara de rigor superior a las que se utiliza frente a las obligaciones en particulares por ejercer en un campo que la Constitución Política estima que concierne los



intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48, como del artículo 335 superior, y les impone el deber de cumplir puntualmente con suma diligencia, prudencia y pericia las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, especialmente las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de la misma como la manda el artículo 1603 del Código Civil regla válida para las obligaciones cualquiera que fuese su fuente legal, reglamentaria o contractual (véase la sentencia de Casación Laboral del 22 de noviembre de 2011, radicación 33083).

En el asunto de la especie, surge claro que el fondo privado de pensiones omitió, en el momento del traslado de régimen (5 de julio de 1995), acatar su deber de brindarle información a la pretensora, en los términos que han quedado vistos, pues se sustrajo a su obligación de indicarle a la trabajadora las consecuencias derivadas de esa mutación, los términos para retornar al RPMPD, el monto de la pensión, entre otros, y ello deriva en la ineficacia de ese traslado, lo cual permite precisar, en respuesta al recurso interpuesto por PROTECCIÓN, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución no solo de los aportes y de las cuotas de administración, sino de los rendimientos generados por aquellos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y por eso la orden impartida fue respecto de las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la parte actora. Tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores, ni las primas de seguros, valores que deben ser retornados de manera íntegra al RPMPD, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la interesada (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

A juicio de nuestro superior funcional, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, en la forma en que lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; esto es, con los rendimientos que hubiesen causado, en tanto que al haber sido una conducta indebida de la administradora, esta deberá 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 del sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración que hubiese incurrido, los cuales serán asumidos por la administradora, a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto,



la misma regla del artículo 963 del Código Civil (Mírese la sentencia de la CSJ, SL, del 8 de septiembre de 2008, radicado 32989).

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por COLPENSIONES, ya que si bien es cierto que existen unos requisitos para que se pueda dar el cambio de régimen, para el caso presente ello ocurre, no por las disposiciones que regulan la materia, sino por presentarse irregularidades que viciaron el consentimiento de la demandante en el traslado realizado al RAIS y ante la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, se impone para la AFP PROTECCIÓN la devolución al sistema de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses en la forma explicada atrás; esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, (CSJ SL7595 de 18 de octubre de 2017, Rad. N.º 46.29211), incluyendo los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus utilidades (CSJ SL31989 del 9 de septiembre de 2008; CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y SL4360 de 2019, radicado 68852).

Por lo tanto, acorde con lo antes expuesto, no son de recibo los argumentos del recurso expuestos por ambas demandadas, bajo el entendido de que, por disposición legal, la ineficacia del traslado de régimen de pensiones vuelve las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiese existido dicha migración, emergiendo la devolución de aportes con sus frutos, rendimientos y comisiones, como una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, lo cual también ha sido precisado por la jurisprudencia. La orden en este sentido emitida en la sentencia apelada, debe cumplirse en los términos indicados; sea decir, involucrando todos los valores que hubiere recibido la AFP demandada con motivo de la afiliación de la actora, de allí que para responderle a COLPENSIONES lo alegado sobre la incidencia en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ha de decirse que con la decisión de ordenar la devolución al sistema de los aportes con sus frutos, rendimientos y comisiones, se está garantizando la sostenibilidad del sistema pensional; valga recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, en la que destacó que no puede desplazarse el alcance de los derechos fundamentales, siendo necesario deslindar su dimensión prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental; sobre el tema plasmó lo siguiente:

“De lo expuesto bajo el numeral 4.5.3. supra la Corte deduce que la sostenibilidad financiera del sistema pensional está enmarcada por una serie de principios constitucionales atados a la concepción misma del Estado Social de Derecho que logran, nunca desplazar, pero sí reducir el alcance de los diversos



derechos fundamentales, a través de un ejercicio de ponderación entre las garantías constitucionales enfrentadas.

4.5.5. En el anterior orden, en el campo de la seguridad social, si bien la jurisprudencia ha admitido el carácter fundamental de dicho derecho, la ponderación de esta frente al principio de sostenibilidad financiera del respectivo sistema permite señalar que, si el referido derecho no se afecta en su núcleo duro o esencial, este debe ceder ante la necesidad de garantizar un sistema financieramente sostenible fundado en la solidaridad y que garantice la universalidad a través de una mayor cobertura. Así, recordando que la jurisprudencia ha establecido que el núcleo esencial de un derecho fundamental está definido por “esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental” (ver supra 4.4.5.3.), la Corte advierte que para definir el núcleo esencial de la seguridad social es necesario deslindar su dimensión meramente prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental.”

3.2.- La prescripción alegada como excepción:

En punto a este tema, el cual se analiza por vía de consulta de la sentencia por haberle resultado adversa a una entidad pública como COLPENSIONES, vale resaltar que la esencia de la prescripción radica en la tardanza en el ejercicio de la acción durante el lapso consagrado en las leyes para tal efecto, lo que hace presumir el abandono del derecho. En otras palabras, el silencio jurídico voluntario del acreedor frente al desconocimiento que de su derecho hace el deudor, configura dicho fenómeno extintivo, cuyo efecto no es otro que la improductividad de la acción tendiente a reclamar el derecho.³

No obstante, dentro del trámite de las reclamaciones de índole laboral y pensional, se tiene que la reclamación de algunos derechos tiene el carácter de imprescriptible, como lo es, por ejemplo, la solicitud de declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Así lo señaló nuestro superior funcional en la sentencia 65791 del 8 de mayo de 2019:

“...No obstante, la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL1689 – 2019.



Precisamente, bajo ese entendido, debe abordarse el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la permanencia o no de un afiliado en cualquiera de ellos –RPM o RAIS- es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social y, por tanto, redundante en cualquier prestación que en materia pensional provenga de aquel.

En otras palabras, por constituir un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional, la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado de régimen debe ser examinada bajo ese propósito. (...)

En esa dirección, esta Sala ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo, tales como el porcentaje de la misma, los toques máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada pensional, su reajuste por inclusión de nuevos factores salariales e, incluso, el reconocimiento de títulos pensionales –bonos y cálculos actuariales.

Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho.

Sumado a lo anterior, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello...” (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, al ostentar esta reclamación el carácter de imprescriptible, no son de recibo los fundamentos con los cuales se planteó la excepción de prescripción analizada.



Corolario de ello, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia en todas sus partes por estar ajustada a la situación fáctica, jurídica y probatoria del caso, lo cual involucra las costas, cuya condena está prevista en el artículo 365 del CGP aplicable a la materia por remisión del artículo 145 del CPT, que se imponen a la parte vencida en el proceso, tal como sucedió en este asunto, resultando acertado el argumento que sobre este aspecto dejó plasmado en la decisión de primera instancia el juez *a quo*, en el sentido de que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir.

Con todo, en esta instancia no se condenará en costas pues su causación no aparece demostrada.

Por 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 en todas sus partes la sentencia n.º 53 del 14 de abril de 2021, proferida en este asunto por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Quibdó, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo

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

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta sentencia por edicto, conforme lo ordena el Art. 41 del CPT y lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL2550-2021, radicación 89628, del 23 de junio de 2021.

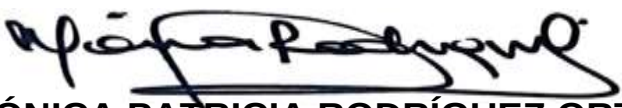
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁴

JHON ROGER LOPEZ GARTNER
Magistrado Ponente

⁴ Las firmas aparecen escaneadas, al tenor de lo previsto en el Art. 11 del Decreto 491 de 2020.




LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA
Magistrada


MÓNICA PATRICIA RODRÍGUEZ ORTEGA
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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:

6e89685513ff950a895e3c1855f95adfcf1cb807d8917ad98d35eb75d4a71334

Documento generado en 23/09/2021 12:48:14 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>