

SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA:
(Aprobado en sala virtual de la fecha)

RADICADO	27001-31-05-002-2020-00013-01
PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTES	ALBANY PALACIOS GARCIA
DEMANDADO	AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ
ASUNTO	APELACIÓN SENTENCIA n.º 043 DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 2020
DECISION	MODIFICA PARCIALMENTE
CIUDAD YFECHA	Quibdó, Chocó, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado sustanciado: Dr. JHON ROGER LÓPEZ GARTNER

OBJETO:

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (en adelante, COLPENSIONES) contra el fallo de primera instancia proferido en el proceso del encabezado, y surtir el grado jurisdiccional de consulta del mismo, 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 FÁCTICOS Y PROCESALES:

Por conducto de abogado, la señora **ALBANY PALACIOS GARCÍA** instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante, PORVENIR), y **COLPENSIONES**, con la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por ella a PORVENIR y, en su lugar, quede como válida la afiliación realizada al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por COLPENSIONES; que se declare que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiéndose que la actora siempre estuvo afiliada al RPMPD y advirtiendo que no existió solución de continuidad en su afiliación, ya que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) no puede producir efectos al no haberse realizado de forma libre y espontánea.

También pidió que se ordene a PORVENIR trasladar el capital ahorrado por la demandante, debidamente indexado y que se ordene a COLPENSIONES afiliarse a la actora al RPMPD y a tener en cuenta



las sumas cotizada en el RAIS para acreditar las semanas para acceder a la pensión de vejez; que se ordene a COLPENSIONES acreditar en la historia laboral todas las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones por parte de la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA, incluidas las del RAIS, para que hagan parte de la sumatoria de tiempos necesarios para acceder a la pensión de vejez dentro del RPMPD; que se ordene a PORVENIR pagar a la demandante los perjuicios causados por incurrir en la omisión de un deber legal, incluyendo y no limitando el pago de horarios de abogado. Por último, pidió condena en costas y agencias en derecho en contra de las demandadas.

Son hechos del proceso, los siguientes:

La demandante nació el 17 de diciembre de 1958 y en la actualidad cuenta con 61 años de edad. Empezó labores el 22 de febrero de 1979, y se afilió por primera vez al RPMPD en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

Afirma que laboró un total de 32 años y 3 meses con el Estado, sin interrupción alguna, como lo detalló en el siguiente cuadro:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	AÑOS	MES	DIAS
Dasalud Chocó	22/02/79	28/02/81	2	6	0
Gobernación Chocó	01/03/81	30/04/03	22	2	0
Dasalud Chocó	01/05/03	31/12/07	4	8	0
Gobernación Chocó	01/01/08	30/11/10	2	11	0
SUBTOTAL			30	27	0
TOTAL			32	3	0

Asegura que la ESE SALUD CHOCÓ, hoy en liquidación, la trasladó a PORVENIR sin su consentimiento y sin ninguna asesoría, pese a que no podía ser trasladada porque para ese momento contaba con 51 años de edad cumplidos y 1.611.42 semanas cotizadas, con lo cual se violó el literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Durante su breve estadía en PORVENIR, esta empresa jamás le informó sobre las consecuencias jurídicas que el traslado de régimen pensional implicaría, como la pérdida del régimen de transición, ni sobre la reducción del valor de su mesada pensional, ni que el número de mesadas pensionales a las que tendría derecho se reducirían, ni sobre las diferentes modalidades de pensión y las características de cada una, ni sobre el valor aleatorio de las mesadas pensionales en el



RAIS de acuerdo a la modalidad de pensión escogida, ni le realizó los cálculos necesarios y suficientes para determinar el valor de la mesada pensional, y concluye que no le brindaron la información suficiente para conocer los diferentes fondos de pensión (multifondos) y sus portafolios de inversión para lograr los requerimientos mínimos de capital para pensionarse.

Indica que PORVENIR no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 cuando la recibió de CAJANAL, pues jamás la asesoró en aspecto alguno y omitió realizar asesoría antes que cumpliera los 52 años de edad.

El 18 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPMPD, pero fue rechazada su solicitud bajo el argumento de encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, quedando agotado en esta petición el requisito de reclamación administrativa exigida por el artículo 6 del CPT y la SS.

Como prueba documental, la actora allegó:

- Fotocopia de su cédula de ciudadanía.
- Certificado de información laboral (formato 1) expedido por el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó – Dasalud Chocó- hoy en liquidación.
- Certificado de salarios mes a mes (formato 3), expedido por el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó – Dasalud Chocó- hoy en liquidación.
- Certificado de información laboral (formato 1) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.
- Certificado de salarios base (formato 2) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.
- Certificado de salarios mes a mes (formato 3) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.
- Certificado de información laboral (formato 1) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.
- Certificados de salarios base (formato 2) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.



- Certificados de salarios mes a mes (formato 3) expedido por la Profesional Universitario Grupo de Talento Humano de la Gobernación del Chocó.
- Copia del formulario de solicitud de afiliación al Sistema General de Pensiones de COLPENSIONES.
- Copia del oficio del 18 de junio de 2019, a través del cual COLPENSIONES rechazó su solicitud de afiliación a ese fondo.

Solicitó tener en cuenta las pruebas documentales en poder de PORVENIR que obligatoriamente debe aportar a este proceso con la contestación de la demanda, entre ellos los estudios que realizaron a fin de establecer el beneficio o desventaja que representaba para la demandante su cambio de régimen pensional al RAIS y permanecer en dicho régimen.

Como prueba testimonial, pidió recibir interrogatorio de parte a la demandante Albany Palacios García.

Mediante auto interlocutorio n.º 062 del 27 de enero de 2020 se admitió la demanda, ordenándose la notificación personal a los representantes de los entes demandados, e informar la decisión a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado. En este auto se reconoció personería para actuar a la apoderada judicial de la demandante.

La demanda fue notificada en debida forma al extremo pasivo y, al responder, **PORVENIR** se opuso a que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante, asegurando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la afiliada al momento de celebrar el acto jurídico de vinculación a esa AFP, la cual tampoco faltó a su deber de información con respecto a la actora.

Asegura que desde la fecha que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 a la de afiliación de la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA, tuvo tiempo más que suficiente para tener conocimiento acerca de los alcances de la preceptiva referente a las bondades y riesgos que traería consigo dicha decisión y, por lo tanto, de manera libre y voluntaria decidió seleccionar al RAIS como régimen de pensión, firmando el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria mediante un consentimiento exento de vicios (error, fuerza o dolo).

Considera, por lo tanto, que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar la ineficacia, nulidad o inexistencia del acto de afiliación de la actora a la AFP PORVENIR S.A.



Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo, las siguientes:

- Falta de causa para pedir.
- Buena fe.
- Inexistencia de las obligaciones demandadas.
- Prescripción.
- Prescripción de la acción que pretende atacar una eventual nulidad de la afiliación.
- Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

Como pruebas, solicitó el interrogatorio de la demandante y allegó la siguiente documental:

- Formulario de afiliación de la actora a PORVENIR, suscrito en el año 1998.
- Historial de vinculaciones de la actora al SGP emitido por ASOFONDOS.
- Relación histórica de movimientos emitidos por PORVENIR.

COLPENSIONES, por su parte, reconoció como ciertos los hechos primero y cuarto de la demanda, y dijo que los demás no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y 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 agregar al expediente y dar valor probatorio a los documentos que logre aportar con la contestación de la demanda y a todos los que allegue dentro del trámite procesal.

Por auto n.º 133 de 20 de febrero de 2020 se tuvo por notificada la demandada a las demandadas y por contestada la misma. En ese auto se fijó el día 24 de marzo de 2020 para la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación del litigio y decreto de pruebas, la cual se llevó a cabo por reprogramación el 20 de agosto siguiente.



LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Quibdó, mediante sentencia n.º 043 del 11 de noviembre de 2020, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVERNIR; declaró la ineficacia de la afiliación de la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA al RAIS y, como consecuencia de ello, dispuso que se active la afiliación de la demandante al RPMPD al cual se encontraba afiliada con anterioridad al traslado de régimen.

Ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante, con sus rendimientos, frutos, bonos si se tramitó, en un término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esa sentencia

Ordenó a COLPENSIONES que una vez PORVENIR dé cumplimiento a lo ordenado, acepte el traslado de la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA del RAIS al RPMPD.

Condenó en costas a PORVENIR y fijó como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad, el cual deberá incluirse en la liquidación de costas que se practique por secretaría.

Por último, absolvió a COLPENSIONES y a PORVENIR de las demás pretensiones de la demanda.

Para la operadora judicial de primera instancia, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional y les impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente les señala las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, prudencia, pericia y, además, todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para todas las obligaciones cualquiera que fuere su fuente legal reglamentaria o contractual.

Le dio plena credibilidad a lo dicho por la demandante en su interrogatorio en el sentido de que nunca recibió algún tipo de asesoría y, principalmente porque no se tuvo en cuenta por la funcionaria que hizo el traslado de régimen que la actora, al haber nacido el 17 de diciembre 1958, para el 1 de abril de 1994, cuando inició su vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 35 años, 4 meses y 14 días de edad, lo



que la hacía beneficiaria del régimen de transición en los términos del artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, por lo que consideró el Despacho *a quo* que se trató de una conducta irresponsable al no poner en consideración del posible afiliado las depreciaciones directas en su futura prestación personal, ya que de haberse explicado claramente las condiciones para cada uno de los regímenes de pensión, así como los beneficios del tránsito de legislación, había sido otra la decisión de la actora.

Considera que se aprovechó PORVENIR del desconocimiento de la actora sobre estas materias tan complejas como lo es la seguridad social en pensiones, y fue la falta de información la que hizo incurrir a la actora en un error garrafal para su futura situación pensional, y si bien, como aduce PORVENIR, la señora Palacios García firmó el formulario de afiliación, es claro que lo hizo guiada por la asesora de ese fondo quien faltó a su deber de informarle lo necesario para que ella pudiera tomar una decisión tan trascendental para su futuro.

Asegura que PORVENIR no cumplió con la carga u obligación que le incumbe de probar que actuó con diligencia y cuidado en ese traslado de fondo, según las voces del artículo 1604 del Código Civil, y que su actuar fue diligente, responsable, transparente, que efectivamente le suministró de manera completa y plena a la actora todo lo que sería su situación pensional, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sus distintos pronunciamientos; carga que no cumplió PORVENIR puesto que ninguna prueba aportó que demostrara un actuar en tal sentido, solo que la actora firmó libremente el formulario de afiliación, pero sin demostrar que lo hizo luego de recibir una plena asesoría.

EL RECURSO DE APELACIÓN:

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, pues manifiesta que no le asiste derecho a la demandante de solicitar el cambio de régimen toda vez que se encuentra 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 diferencia en cifras, conforme se indicó en la declaración rendida por la demandante, lo cual no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito por las partes que dio lugar al traslado de régimen.



Solicita que de considerarse por parte de la Sala que efectivamente es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, se modifique la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cotización realizada por la demandante, sin descuento alguno; esto es, que además de los aportes y rendimientos traslade el valor de todos los gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantías mínimas y cuotas de seguros previsional, todo ello si se tiene en cuenta que en sentencia que sirve de base para la declaratoria de ineficacia del traslado, como la SL1989 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, y todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional como las sentencias SU062 del 2010 y la de unificación n.º 130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional, precisamente porque las personas que se trasladan del RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES, están a punto de pensionarse y en esa entidad se debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y sólo financiar aquellas prestaciones económicas con base en las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto del 25 de abril del 2021 se admitió el recurso y se dispuso dar cumplimiento a lo reglado en el numeral 2º, del Art. 15, del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Vencidos los traslados respectivos, las partes no presentaron alegatos de conclusión, tal como lo informó la Secretaría General de la Corporación en la constancia del 19 de julio último.

CONSIDERACIONES:

1.- Competencia: Esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación y asumir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 15, literal B, numeral 3º del CPL y de la S.S, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

2.- Problemas jurídicos: Deberá la Sala: **(i)** determinar si fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado de régimen pensional realizado por



la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA a la AFP PORVENIR; **(ii)** Si procede la excepción de prescripción propuesta; **(iii)** Si PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES todo lo ahorrado por la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA en su cuenta de ahorro individual, y **(iv)** si procede la indemnización de perjuicios.

3.- Solución al problema jurídico:

3.1. 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 falten 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 régimen de prima media al régimen de ahorro individual 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 el traslado cuya reversión se depreca, 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 administradoras demostrar que no hubo

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



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, radicación 68852 del 3 de abril de 2019, 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 explicados 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 lupa 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.

Según el interrogatorio vertido por la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA en la audiencia de trámite y fallo en primera instancia, dicha señora se trasladó al RAIS el 30 de septiembre de 1998, según se corrobora con el formulario de afiliación que obra a folio 69 del expediente, porque una funcionaria de PORVENIR que llegó de Bahía Solano enviada por la Directora del Hospital Julio Figueroa Villa, al cual pertenece el Centro de Salud Pedro Claver donde ella laboraba como enfermera en Nuquí, la indicó que se trasladara a ese fondo y, confiada, se pasó sin que la funcionaria de PORVENIR le diera alguna



otra información, además que la actora se encontraba sola porque eran como las 12 y 15 y las demás compañeras se habían ido, y fue así que la promotora le entregó el formulario para firmarlo y luego que lo firmó fue la misma funcionaria quien lo llenó porque la actora estaba trabajando y no se dio a la tarea de leerlo, y ahora se quiere regresar a COLPENSIONES porque inició a trabajar en 1969 y a la fecha PORVENIR no le soluciona nada, pese a que ya pasó sus documentos, y nunca le envían los extractos de su cuenta de ahorro individual.

Según los hechos de la demanda, durante su estadía en PORVENIR dicho fondo no le informó sobre las consecuencias jurídicas que el traslado de régimen pensional implicaría, como la pérdida del régimen de transición, ni sobre la reducción del valor de su mesada pensional, ni que el número de mesadas pensionales a las que tendría derecho se reducirían, ni sobre los diferentes tipos o modalidades de pensión y las características de cada uno, ni sobre el valor aleatorio de las mesadas pensionales en el RAIS de acuerdo a la modalidad de pensión escogida, ni le realizaron los cálculos necesarios y suficientes para determinar el valor de la mesada pensional, y concluye que no le brindaron la información suficiente para conocer los diferentes fondos de pensión y sus portafolios de inversión para lograr los requerimientos mínimos de capital para pensionarse.

En cabeza de los fondos privados, para el caso PORVENIR, como fondo de pensiones 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

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. 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.



acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales, le correspondía acreditar que la información suministrada a la afiliada al momento de su traslado del ISS fue veraz, oportuna y suficiente, con explicación de todo lo que implicaba estar en uno u otro régimen pensional, para que la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA pudiera, de manera consciente y voluntaria, adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional que más le convenía.

No obstante lo anterior, PORVENIR abandonó tal deber y 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 del pretensor 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° 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

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 Millán).



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.”

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 de su Interrogatorio de parte, en el que aseguró que sin ninguna información adicional firmó el formulario de afiliación confiada en que la funcionaria de PORVENIR, que se lo entregó, le manifestó que iba por orden de la Directora del Hospital Julio Figueroa Villa de Bahía Solano; es decir, de su jefa, porque a ese hospital pertenece el Centro de Salud para el cual laboraba la demandante.

Ahora, si bien de ese interrogatorio se desprende que la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA firmó el formulario de afiliación a PORVENIR 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 PORVENIR, 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 los 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 a 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).

No 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 PORVENIR la devolución al sistema de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tal como se explicará más adelante.

3.2. La prescripción de la acción:

En cuanto a la prescripción de la acción alegada como excepción de fondo por COLPENSIONES, vale resaltar que la esencia de la misma 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.

Precisamente, bajo ese entendido, debe abordarse el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del

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



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 límites 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.

3.3. Consecuencia de la ineficacia del traslado:

Para responder el objeto mismo de la apelación, vale decir, que ante la ineficacia del traslado del régimen pensional se impone para PORVENIR la devolución al sistema de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, sus frutos e intereses, tal 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. N.º 46.29211), incluyendo los gastos de 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), fuerza decir que por disposición legal la ineficacia del referido traslado vuelve las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiese existido, emergiendo clara la obligación de devolver los aportes de la trabajadora con sus frutos, rendimientos y comisiones como una de sus consecuencias, lo cual también ha sido sentado por la jurisprudencia. La orden en este sentido, emitida en la sentencia apelada, debe ampliarse en los términos que más adelante se precisará; sea decir, involucrando todos los valores que hubiere recibido PORVENIR con motivo de la afiliación de la actora, y de allí que para responderle a la entidad opugnante lo alegado sobre la incidencia de la orden en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ha de precisarse que con la orden de trasladar a COLPENSIONES los aportes de la demandante con sus frutos, rendimientos y comisiones y en la forma como más adelante la Sala precisará, se está garantizando la sostenibilidad del referido sistema pensional, y, en este aspecto, valga recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU/140 de 2019, donde decantó que no podrá desplazar el alcance de los derechos fundamentales, siendo necesario deslindar su dimensión prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental:

“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.”

En este orden de ideas y respecto a la devolución de aportes invocada por la accionada COLPENSIONES, debe indicarse que en sentencia SL2601 de 2021, en la que se rememora la providencia CSJ SL2877-2020, la Sala de Casación Laboral adocrinó que al regresar los aportes se debe incluir el reintegro de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, por lo que razón le asiste al ente apelante sobre la incidencia de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, aunado a que debe incorporarse los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, al considerar que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES, asimismo las cuotas de seguro previsional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho la afiliada en el RPMPD.

Por lo analizado en este acápite, se modificará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación, para ordenar a PORVENIR que traslade al ente administrador del RPMPD, tanto los



aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, el bono pensional si lo hubo y los intereses y frutos; además, habrá de ordenarse, también, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las primas previsionales debidamente discriminados e indexados, conceptos que en la sentencia apelada no se tuvieron en cuenta.

3.4.- Condena en perjuicios:

De conformidad con lo normado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante generado por el incumplimiento de una obligación, por su cumplimiento tardío o imperfecto.

Ahora bien, teniendo presente su naturaleza resarcitoria, le corresponde a quien pretende su reconocimiento probar el daño o el perjuicio ocasionado.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral y en sentencia SL1688 de 8 de mayo de 2019, radicación número 68838, en un proceso de ineficacia de traslado de régimen pensional, precisó que quien reclama la indemnización de perjuicios debe demostrarlos, concluyendo en el caso lo siguiente:

“1.3. Sobre la indemnización de perjuicio

La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.” (Negritas y subrayas de la Sala).

Para analizar eventualmente la procedencia de los perjuicios, se requiere que estén definidos el derecho pensional y su monto, así se concluyó por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL731 de 2020:

“...con relación a la no concesión de la indemnización de perjuicios que petitionó en la demanda por daño emergente y que considera que corresponde al valor de las mesadas pensionales dejadas de percibir dentro del régimen de prima media, desde el 1° de octubre de 2009 hasta la fecha de traslado de los aportes, **no resulta procedente en los términos solicitados, habida**



cuenta de que el derecho pensional ni el monto del mismo quedaron definidos en el régimen de prima media, como se advierte de la condena impuesta a COLPENSIONES.” (Subrayas y negrillas de la Sala).

En el asunto examinado, no obra ninguna prueba que demuestre la causación de perjuicios a la parte actora y, por lo tanto, no hay lugar a condenar a su pago, ya que como se dijo, tratándose de una pretensión indemnizatoria, le corresponde a quien la reclama acreditar el perjuicio que solicita, debiendo quedar determinado claramente en el RPMPD el derecho pensional y su monto.

4.- Conclusiones: Corolario de lo analizado hasta aquí, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en la forma indicada en el ítem 3.3 que antecede, y la confirmará en lo demás.

No se condenará en costas de segunda instancia, 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: MODIFICAR el numeral tercero, de la parte resolutive, de la sentencia n.º 043 del 11 de noviembre de 2020 proferida en este proceso por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Quibdó y, en consecuencia, se **ORDENA** a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES, tanto los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, el bono pensional si lo hubo, los intereses, frutos y la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como las primas previsionales, debidamente discriminados e indexados, todo ello con relación a la señora ALBANY PALACIOS GARCÍA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el referido fallo.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia por edicto, tal cual 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, hecho lo cual devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁴

JHON ROGER LÓPEZ GARTNER
Magistrado Ponente

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

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



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:

**7c79afe1d892ad5e19483d776904dfd66f988bfbc62248f9f62c481ae2
a2d4a8**

Documento generado en 28/10/2021 12:22:27 p. m.

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

