



San Andrés Isla, 05 de mayo de 2022.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 88001310500120200016401
DEMANDANTE: FERNANDO JAIME CORREA ECHEVERRI
**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES "COLPENSIONES" Y
PORVENIR S.A.**

APROBADO EN ACTA No. : 9280

TEMAS: Ineficacia de traslado de régimen pensional.

I.- OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala de decisión a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia.

II.- ANTECEDENTES.

El demandante fundó sus pretensiones en los hechos que resumimos de la siguiente manera:

Narra que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el 4 de Abril de 1991 durante cuya vinculación laboral los aportes pensionales se efectuaron al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR en el año 1994, cuando suscribió en el 2001 el formulario No. 01560049; trámite que se realizó sin su consentimiento libre y debidamente informado, pues se omitió explicarle en qué consistía tal manifestación, y no se le comunicó la información necesaria y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se desprenden del cambio de régimen pensional. Agrega que el 13 de octubre de 2020, solicitó ante aquella AFP, la ineficacia del traslado efectuado, siendo resuelto desfavorablemente, luego, radicó en PORVENIR S.A. derecho de petición el 13 del mismo mes y año, con la misma pretensión, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiere sido contestada.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, y como consecuencia que el actor tiene derecho a estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES en virtud del principio de libre escogencia.

2.1 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda.

Mediante auto del 4 de febrero de 2021, el Juzgado Laboral del Circuito resolvió admitir la presente demanda y en consecuencia ordenó correr traslado de la misma a las demandadas, para lo cual le concedió un término de 10 días a fin de que ejerciera su derecho de defensa y allegará las pruebas que tuviera en su poder, igualmente se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de conformidad con lo normado en los artículos 610 al 612 del C.G.P.

Con escrito del 18 de marzo de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso las que denominó: **“Inexistencia de las obligaciones reclamadas, por ser PORVENIR S.A. la entidad que tiene la representación de sus afiliados”**; **“Prescripción de todos aquellos derechos que el transcurso del tiempo los hizo tener por el no ejercicio oportuno de la acción”**, **“Genérica si el juez encuentra probados hechos que constituyen una excepción, este se declare oficiosamente”** y **“Declaratoria de otras excepciones si el despacho encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas o algunas pretensiones de la demanda, se abstenga de examinar las restantes de acuerdo al art 145 del CGP”** (Carpeta. No.6. / cdo digitalizado de primera instancia).

Por su parte, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A., mediante contestación adiada 19 de marzo de esa anualidad, se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las siguientes: **“Prescripción de la acción por**

la cual se pretende la nulidad, por cuanto el plazo establecido para reclamar sus derechos laborales es solo de 3 años y han pasado más de 27 años"; " Buena fe, ya que se actuó con lealtad, eficacia y celeridad en todas las actuaciones", "No cumplimiento de los requisitos exigidos por la sentencia C789 de 2002 y C1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, ya que el demandado no cotizó 15 años antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993", "Encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante, literal A artículo 2 ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años de para tener derecho a la pensión", "Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado formulario de vinculación al fondo de pensiones", "Debida Asesoría del Fondo", "Enriquecimiento sin justa causa en caso de ordenarse el traslado de los aportes, junto con los rendimientos" y la "Genérica" (Ver carpeta, No.5, cdo de prima instancia).

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo en Sentencia del 4 de Marzo de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y en consecuencia, le ordenó trasladar sin solución de continuidad la totalidad de los fondos que se encuentran en la cuenta individual de ahorro pensional del señor FERNANDO JAIME CORREA ECHEVERRI a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, con sus rendimientos, frutos, intereses más gastos de administración.

Como fundamento de su decisión, estimó que PORVENIR no acreditó en el plenario, haber cumplido con su deber de información, lo que permitió inferir que la decisión de traslado de régimen no se realizó de manera libre y espontánea en los términos exigidos por la ley, debiendo entenderse que el afiliado nunca se cambió de régimen. En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, era imprescriptible al tratarse de una pretensión netamente declarativa, amén que los derechos que de ahí emanan tienen esa misma connotación al formar parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las demandadas incoaron el recurso de alzada, en los siguientes términos:

Porvenir S.A., manifestó en primera medida que el demandante se encuentra sujeto a la prohibición señalada en el literal e, del artículo 13 de la ley 100 modificada por la ley 797 de 2003, que prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas que le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, ya que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con la edad para pensionarse, prohibición en la que ya se encontraba inmerso desde la presentación de solicitud ante Porvenir S.A; adujo que el demandante contaba con un plazo de 5 días siguientes a la fecha de vinculación para retractarse del cambio de régimen según lo estipulado en el decreto 1161 de 1994, y por último, alegó que debía tener en cuenta la prescripción de que trata el artículo 1750 del código civil mencionada y propuesta como excepción dentro de la contestación de la demanda teniendo en cuenta, que se habla de una recisión de un contrato firmado para el año del traslado.

Por su parte, Colpensiones solicitó denegar las pretensiones de la demanda, trayendo a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia SL 373 de 2021, que moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es retrotraer las cosas al estado anterior tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el status de pensionado en el régimen de ahorro individual.

V.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 14 de marzo de 2022, se admitió el recurso, ordenando el traslado respectivo.

La AFP demandada PORVENIR S.A, en escrito del 17 de marzo de la cursante anualidad, presentó sus alegatos de conclusión, ratificando las razones de disenso expuestas al sustentar la alzada, en lo concerniente a la posibilidad de retracto con que contaba el actor y por encontrarse incurso en la causal de prohibición de que trata el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993(Ver pdf, No. 07.01, expediente digital del tribunal).

A su turno, la parte actora al descorrer el traslado en fecha del 18 de marzo del hogaño, señaló que el informativo carecía de elementos de persuasión, que acreditaran que al demandante le fue brindada información completa, adecuada y suficiente sobre el traslado, de modo que la sola suscripción del contrato no demuestra el consentimiento informado ni prueba del deber de información, carga probatoria que se encontraba en cabeza de PORVENIR S.A. y no la cumplió. Adicionalmente, señaló encontrarse en desacuerdo con COLPENSIONES, por cuanto el proceso versó sobre la carencia o no del consentimiento informado y no sobre el cumplimiento de los requisitos para gozar de la mesada pensional como mal lo manifiesta la demandada; encontrando ajustadas a derecho las costas impuestas a las partes vencidas en este proceso.

Por su parte, la Administradora Pensional demandada COLPENSIONES, pese a habersele otorgado el término legal se abstuvo de presentar alegatos de conclusión (Ver constancia secretarial del 5 de abril de 2022- expediente digital del tribunal).

VI. CONSIDERACIONES:

6.1 COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS ROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para resolver el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del numeral 1 del literal B del artículo 15 del CPT. -

Adicionalmente, revisada la actuación no se observa irregularidad procesal que pueda invalidar el proceso o que conlleve a emitir una sentencia inhibitoria, por lo que pasará a proferir el fallo que en derecho corresponda.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De los argumentos de disenso expuestos en la sustentación del recurso surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración determinar si existió vicio del consentimiento en el acto de traslado del actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, que diera lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico, con las consecuencias pertinentes; así mismo, si es procedente declarar la prescripción alegada.

TESIS: La tesis que sostendrá este Tribunal es que la sentencia debe confirmarse con fundamento en los siguientes razonamientos:

6.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

Los fundamentos bajo los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes:

➤ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

En tratándose de la afiliación informada el artículo 271 de la ley 100 del 1993, consagra de manera expresa que la consecuencia de la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia o expulsión de todo efecto jurídico causado en virtud al traslado: **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, ... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.**

Por su parte el artículo 272. Ib, señala que: **“El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso,**

aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en precedente SL19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P., Gerardo Botero Zuluaga. Rad.: 47125: afirmando que: “... *la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271*” (...) *Así mismo tal disposición prevé las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que «La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»* (...) *Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona (...)*”.

Más tarde, la misma Corporación en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado

después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).”

“(…) Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

“El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la *doble asesoría*. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado”.

“Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

“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”.

Más recientemente, en precedente de reiteración SL 1689 del 8 de mayo de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) **la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.** En ese orden, concluyó que: (i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional”.

“(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta,

comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información".

"(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (...)".

"... La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado".

"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo".

"Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión".

"En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las

actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias derivadas de la ineficacia del acto de traslado, en sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, rad n.º 68852, también con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que: ***“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)”.***

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él: (...) Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen”.

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro

individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”.

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

➤ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE COLPENSIONES.

Las demandas que buscan declarar la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de prima media al de Ahorro individual, se pueden presentar en cualquier tiempo, en razón a que se trata de una situación jurídica imprescriptible.

En punto de este tópico, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en precedente reiterado SL1197-2021, proferida el 23 de marzo de 2021, con ponencia del Magistrado Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez en el siguiente sentido:

«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.» ... En efecto, 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.»

La sentencia antes referida, aclara que lo importante es que la demanda se presente antes de que el fondo privado reconozca la pensión, ya que no es jurídicamente posible anular un traslado de una persona que tiene

el estatus de pensionado. Pertinente resulta traer a colación el siguiente aparte de la misma sentencia:

El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado. 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 el 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". (Subrayas de la Sala).

CASO CONCRETO:

Sea lo primero establecer que el actor tiene la calidad de trabajador particular desde el año 1991, conforme el historial de cotizaciones arrimado al informativo, lo que nos atribuye la jurisdicción para resolver de fondo este litigio.

Corresponde entonces, determinar si era procedente declarar la ineficacia del traslado realizado entre regímenes y la consecuente reactivación en el primero; para lo cual, se procederá a resolver de manera conjunta los recursos de apelación formulados, al encontrarse íntimamente relacionados.

Examinado el acervo probatorio se tiene por demostrado los siguientes hechos:

Que el señor FERNANDO JAIME CORREA ECHEVERRI nació el 12 de mayo de 1963, por lo que para la fecha en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 30 años de edad, razón por la que no es susceptible del régimen de transición, hecho que no es objeto de debate.

Que realizó aportes al ISS a partir del 4º de abril de 1991 y que desde 1995 inició a cotizar al fondo de pensiones Porvenir S.A, lo que se desprende de los certificados de historia laboral consolidada allegados con el libelo introductor (Ver Carpeta No. 1.- demanda y anexos, cdo de primera instancia).

Que del formulario No. 01560049 suscrito en el año 2001, no se observa que en ese acto de traslado, la entidad Porvenir haya cumplido con su deber legal de suministrar suficiente información clara y concisa acerca de las consecuencias del mismo, en aras de obtener un consentimiento informado del afiliado limitándose únicamente a consignar los datos de aquél. Nótese que en todo momento ésta afirma que el consentimiento del demandante se entiende prestado con la suscripción de forma libre y espontánea del formulario de afiliación, entendiendo equivocadamente que solo a partir de la ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, es que nace el deber de asesoría o buen consejo, desconociendo que dicho deber subsiste desde la ley 100 de 1993, como se explicó in extensum en acápite anterior.

En este sentido, del hecho séptimo del libelo introductor, se infiere la negación indefinida del actor acerca de que al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., "(...) **no se le dio la información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional**" (Ver Carpeta No. 1 cdo de primera instancia). De lo que se produce la inversión de la carga de la prueba mencionada a esta entidad encaminada a demostrar el consentimiento informado del afiliado en aras de mantener incólume la validez del traslado, en cumplimiento del deber de diligencia y cuidado que le corresponde a quien ha debido emplearlo (Art 1604 del Código Civil).

De suerte que ante la precariedad del acervo probatorio por no decir menos, es dable concluir razonadamente que la AFP Porvenir, omitió cumplir con su deber de información suficiente al momento en el que se efectuó el traslado del actor, procurando que este comprendiera los beneficios y desventajas que del cambio de régimen se desprendían, así como conocer los riesgos y efectos negativos de esa decisión, omisión que motivó su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas como la diferencia abismal del valor de una mesada pensional en uno y otro régimen.

Corolario de lo anterior, resulta concluir razonadamente que carecen de asidero jurídico los argumentos de las apelantes, al pretender por un lado invocar como impedimento del triunfo de la pretensión incoada que nos ocupa, la oportunidad legal establecida para un traslado de régimen pensional, cuando el thema decidendum se enmarca en la validez de un traslado ya efectuado desde hace 27 años aproximadamente, sin importar si tiene consolidado el derecho pensional siempre que no haya sido reconocido por la AFP.

Finalmente, habrá que decir que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de prescripción alegado, habida cuenta que como se explicó previamente la acción de nulidad o ineficacia del traslado del Régimen

de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES, al de Ahorro Individual en cabeza de Porvenir en este caso, se puede presentar en cualquier tiempo por tratarse de una situación jurídica imprescriptible, acogiendo la línea jurisprudencial reseñada.

Ahora, el cambio jurisprudencial contenido en el precedente SL 373 del 10 de febrero del 2021, aludido por el apelante Colpensiones, en forma diáfana y expresa se refirió es a la improcedencia de la ineficacia del traslado pensional cuando el actor tenga el estatus de pensionado al constituir una situación jurídica consolidada, restándole a su favor es una acción indemnizatoria; de ahí la disanalogía con este asunto; en este sentido se concluyó: (...) **calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto (...)**

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (...) **Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora"**.

VII. CONCLUSIÓN:

Discurrido lo anterior, serán estas las razones por las que se confirmará la sentencia recurrida, y en consecuencia ante la improsperidad de los recursos, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, conforme a los núm. 3 y 6 del Art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

VIII.- DECISIÓN

Por lo expuesto El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

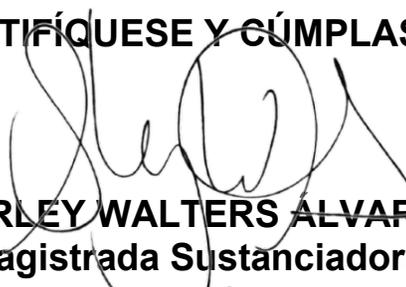
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **FERNANDO JAIME CORREA ECHEVERRI**, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 71.631.548 en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Condenar en costas a las demandadas en el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una.

TERCERO: Remitir oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SHIRLEY WALTERS ALVAREZ
Magistrada Sustanciadora


FABIO MÁXIMO MENA GIL
Magistrado


JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
Magistrado