



San Andrés Isla, 19 de mayo de 2022.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ

PROCES: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EDMON FACUSEH JACKAMAN

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES "COLPENSIONES" Y
PORVENIR S.A.**

RADICACIÓN: 88001-3105-001-2020-00233-01.

ACTA: 9295

TEMAS: Ineficacia de traslado de régimen pensional.

I.- OBJETO A DECIDIR

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

II.- ANTECEDENTES.

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

Narra el accionante que nació el 21 de septiembre de 1960, que al momento de presentación de la demanda tenía 60 años de edad, manifiesta igualmente que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el 01 de octubre de 1989, y cotizó en el régimen de prima media hasta el 02 de enero de 1998; mientras que, de acuerdo a la historia laboral aportada por PORVENIR, realizó aportes desde enero de 1999 hasta la actualidad; y tiene 891 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

En cuanto al consentimiento informado, el demandante expresa en el libelo introductor que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin el libre consentimiento e información necesaria, que no se le comunicó oportunamente sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional, que no se le ofreció asesoría sobre la comparación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el RAIS, ni se le indicó cómo sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos en ambos regímenes.

Señala igualmente el accionante que presentó peticiones ante PORVENIR y ante COLPENSIONES, pero no fueron atendidas en su integridad.

En virtud de lo anterior, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas a las demandadas:

"1. Declarar la Ineficacia de la afiliación o traslado del señor EDMON FACUSEH JACKAMAN del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la -AFP- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y/o SUBSIDIARIAMENTE, declarar la nulidad de la afiliación o traslado del señor EDMON FACUSEH JACKAMAN del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 2. Que conlleva el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del señor EDMON FACUSEH JACKAMAN, administrado hoy por Colpensiones. 3. Condenar y Ordenar a la Administradora Fondo de Pensiones SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en virtud del regreso automático, bien como consecuencia de la ineficacia o de la nulidad, trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con sus rendimientos que se hubieran causado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. 4.. 5. Condenar y Ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes girados por AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 6. Igualmente, en uso de los poderes dispositivos de su señoría considere que son procedentes. en aplicación de las facultades ultra y extra petita a favor del Demandante. 7. Condenar a las demandadas a pagar, costas, gastos. expensas y agencias en derecho".

2.1 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda.

Mediante auto del 12 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 ejercieran su derecho de defensa y allegaran las pruebas que tuvieran en su poder, igualmente ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de conformidad con lo normado en los artículos 610 al 612 del C.G.P.

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A., no dio contestación a la demanda, a pesar de haber sido notificada. -

Por su parte, el 26 de abril de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones, dio por cierto unos hechos y manifestó no constarle la mayoría de éstos; como excepciones de fondo propuso las que denominó: “Carencia del derecho reclamado” “Prescripción” “Genérica”, “Declaratoria de otras Excepciones” (Archivo Primera Instancia/Carpeta No. 07 Contestación Colpensiones).

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo en Sentencia del 23 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, respecto del señor Edmon Facuseh Jackaman y, en consecuencia, dispuso tenerlo para todos los efectos legales, como afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que trasladase a COLPENSIONES, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en los periodos que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión

mínima y primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Así mismo ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, que aceptara el traslado, recibiera los fondos y actualizara la historia laboral de la demandante.

Como fundamentos de su decisión, indicó que PORVENIR no aportó al plenario documentación que demuestre que suministró al accionante información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado antes del acto de afiliación, lo que permitió inferir que la decisión del demandante de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley, por faltar el consentimiento informado.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, incoa recurso de alzada trayendo a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la C.S de J, contenida en la sentencia SL 373 de 2021, que en su dicho 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 (escuchar audio contentivo de la sentencia del 23 de marzo de 2022, entre los minutos 58:00 a 1:00:06).

V.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 30 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación, y se ordenó de conformidad con el numeral 1 del artículo 15 del decreto 806 de 2020, correr el traslado respectivo.

El 05 de abril de 2022, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES; de manera antelada, a través de su apoderado judicial, remitió alegatos de conclusión, ratificando las razones de disenso respecto a la sentencia de primer grado.

Por su parte la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A, pese a habersele otorgado el término legal se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES:

6.1 COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para resolver el recurso de alzada incoado 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 emitirse el fallo que en derecho corresponda.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Analizado el fallo de instancia y los argumentos de discrepancia expuestos en la sustentación del recurso, surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A, con las consecuencias pertinentes.

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)”.

CASO CONCRETO:

Sea lo primero establecer que esta Corporación tiene jurisdicción para resolver de fondo este litigio, como quiera que el actor ha prestado sus servicios laborales en los últimos periodos a empresas privadas, aunado a que se encuentra afiliado a la Administradora de Pensiones Porvenir, conforme se desprende del historial de cotizaciones arrimado al informativo con la demanda.

Así las cosas, corresponde entonces, determinar si era procedente declarar la ineficacia del traslado realizado entre regímenes y la consecuente reactivación en el primero.

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

Que el señor EDMON FACUSEH JACKAMAN, nació el 21 de septiembre de 1960, 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 33 años de edad, razón por la que no es susceptible del régimen de transición, hecho que no es objeto de debate.

Que prestó sus servicios personales en el ámbito laboral a partir de 1989 a través de la Gobernación del Departamento, que posteriormente

realizó aportes al ISS a partir de octubre de 1995 y se vinculó al fondo de pensiones Porvenir S.A, el 16 de febrero de 1999, lo que se advierte de las documentales aportadas con el libelo introductor (Ver expediente digitalizado, subcarpeta 02 "Anexos Demanda"- pdf poder especial /cuaderno primera instancia).

De las precarias probanzas recopiladas, echando de menos las que le correspondía aportar a la AFP, diáfananamente se vislumbra que la entidad Porvenir no demostró haber cumplido con su deber legal de suministrar información suficiente, clara y concisa al demandante, acerca de las consecuencias en que se incurre a la hora de trasladarse de un fondo pensional a otro, es más nótese que en la respuesta que le brinda Porvenir al demandante, Rad Porvenir 0104774006304100 en su numeral 2 se lee:

2. Le informamos que la asesoría al momento de vincularse se brinda de manera verbal, por consiguiente no hay soporte físico de la misma; sin embargo, le manifestamos que Porvenir S.A. realiza exhaustivos procesos de capacitación a sus asesores comerciales con el fin de garantizar la debida asesoría a sus clientes al momento de vincularse a nuestro fondo de pensiones, situación que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

VOLUNTAD AFILIADO

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL ASI COMO LA SELECCION DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **PORVENIR S.A.** PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

FIRMA TRABAJADOR
c.c. 15242789 SD

HUELLA DACTILAR INDICE DERECHO

IMPRESO POR **PANAMA** FORMAS E IMPRESOS S.A. NIT

De allí que con la manifestación de consentimiento libre prescrita en el formulario de afiliación antes de la firma, equivocadamente la AFP entiende haber satisfecho el deber de asesoría o buen consejo, el cual debe ser prestado de una manera clara, concisa y suficiente como se abordó in extenso en acápite anterior.

De suerte que es el Fondo quien tenía la carga probatoria de allegar la documentación u otro elemento de persuasión donde se evidenciara que el afiliado sí recibió la información necesaria de acuerdo a lo exigido por la norma, como quiera que estamos frente a una negación indefinida del actor al manifestar en el libelo introductor que no recibió información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso de traslado, donde le explicaran las implicaciones del cambio, ni las consecuencias y efectos legales futuros sobre su pensión. Entonces prodúcese la inversión de la carga de la prueba mencionada, 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).

Inomisiblemente y siguiendo la línea jurisprudencial vigente dentro del órgano de cierre, que ante la precariedad del acervo probatorio por no decir menos, es dable concluir razonadamente que la AFP Porvenir, omitió cumplir con el 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.

Finalmente, habrá que aclarar que carece de asidero jurídico los argumentos del apelante respecto al aludido cambio jurisprudencial contenido en el precedente SL 373 del 10 de febrero del 2021 de la Sala de Casación Laboral, puesto que en forma diáfana y expresa dicha sentencia se refirió 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 supuesto factico que no acaece en esta Litis; 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 del recurso, se condenará en costas en esta instancia a la parte apelante, 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 23 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por EDMON FACUSEH

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 88-001-31-05-001-2020-00233-01
DEMANDANTE: EDMON FACUSEH JACKAMAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" Y PORVENIR S.A.

Página 15 de 15

JACKAMAN, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 15.242.789 en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Condenar en costas a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en el equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: Remitir oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SHIRLEY WALTERS ALVAREZ
Magistrada Sustanciadora



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
Magistrado



FABIO MAXIMO MENA GIL
Magistrado