



San Andrés Isla, 2 de febrero de 2023.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JESÚS ENRIQUE GALLARDO MANTILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RADICADO: 88001310500120220007901

Aprobado en Acta No.: 9481

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.

Narra el actor que nació el 01 de marzo de 1960 y que al momento de la presentación de la demanda tenía 62 años de edad; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de febrero de 1987 hasta el 3 de junio de 1996, fecha en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, 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 desprendían del cambio de régimen pensional, mucho menos se le indicó cómo sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos para obtenerla. En virtud de lo anterior, solicita que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen y como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A trasladar los aportes a COLPENSIONES y ésta recibirlos.

2.1 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda.

Mediante auto del 28 de septiembre de 2022, 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.**, se opuso a las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las siguientes: **"Prescripción", falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas**, **"Buena fe"**, **"Prescripción de obligaciones Laborales de tracto sucesivo"**, **"Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada"**, **"Enriquecimiento sin justa causa"**, **"Restituciones mutuas"**, **"Improcedencia de condena en costas"** y la **"Genérica"** (Carpeta. No.06, cdo 1era inst).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a pesar de haber sido notificada vía email el día 29 de septiembre de 2022, guardó silencio.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo, en Sentencia del 8 de noviembre de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en favor del señor Jesús Enrique Gallardo Mantilla y en consecuencia, dispuso tenerlo para todos los efectos legales como afiliado al régimen de prima media con prestación definida; ordenando a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES y a ésta aceptar el traslado y la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, intereses, más los gastos 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, agregando que al momento del cumplimiento de la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Como fundamentos de su decisión, indicó que PORVENIR no aportó al plenario la documentación que demuestre que suministró a la demandante la información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado antes del acto de afiliación, lo que permitió inferir que la

decisión de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley por ausencia del consentimiento informado, por lo que señaló que de acuerdo a la jurisprudencia vigente debían trasladarse la totalidad de los valores recibidos de los empleadores por todo concepto, sin descuento alguno e indexados con cargo a sus propios recursos. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción y prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo con base en el art.53 de la C.N., que consagra la irrenunciabilidad de los derechos mínimos a favor de los trabajadores como uno de los principio mínimos fundamentales del trabajo y en el precedente jurisprudencial SL1689 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, según el cual, la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible al ser una pretensión meramente declarativa.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, incoó el recurso de alzada trayendo a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la C.S de J, contenido en la sentencia SL 373 de 2021, que moderó la postura adoptada en lo relativo a la imposibilidad de 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, en la medida que al haberse adquirido la calidad de pensionado, produce la imposibilidad jurídica de retornar al estado anterior, como quiera que no es posible revertir los efectos económicos que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago.

Por su parte, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., se refirió a la prohibición de traslado del régimen pensional de personas que le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para pensionarse. Agregó que era improcedente declarar la nulidad del acto de afiliación por encontrarse prescrito al no haber sido demandado dentro de los plazos previstos en

los artículos 151 del CPL y 1750 del código civil, este último aplicable por pretenderse la rescisión de un contrato de afiliación viciado por una nulidad relativa. Finalmente solicitó la revocatoria o disminución de la condena en costas impuesta al quedar evidenciado el ánimo conciliatorio a fin de evitar el litigio.

V.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 11 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación, y se ordenó de conformidad con el numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, correr el traslado respectivo.

La demandada **PORVENIR S.A**, con escrito del 15 de noviembre de la cursante anualidad, presentó sus alegatos reiterando el argumento de la prohibición de traslado de régimen pensional de personas que le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad para pensionarse. Adicionalmente, que debió declararse la prescripción de que trata el artículo 1750 del código civil y finalmente que se tornaba improcedente la indexación de las condenas al constituirse un doble pago por un solo concepto que es la cotización (Ver PDF, No. 08 expediente digital del Tribunal).

La parte demandante con memorial adiado 16 del mismo mes y año, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, al considerar que el informativo carecía de elementos de persuasión que acreditaran que le fue brindada información completa, adecuada y suficiente sobre el traslado, carga probatoria que se encontraba en cabeza de PORVENIR S.A. conforme los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, y que omitió cumplirla (Ver PDF No. 11 del expediente digital del Tribunal).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el 22 de noviembre del 2022, en esta oportunidad se refirió a la imposibilidad de traslado de régimen pensional del demandante por encontrarse inmerso en la prohibición consagrada en

el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Ver PDF, No. 14 expediente digital del Tribunal).

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.

Surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración: 1). Determinar si hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de la Administradora de fondo de Pensiones y Cesantías -Porvenir S.A, con las consecuencias pertinentes; 2) Analizar si es viable el cargo de prescripción alegado; 3). Determinar si hay lugar a condena en costas en asuntos de baja complejidad jurídica.

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

El artículo 20 de la ley 100 de 1993, señaló cual era la destinación que debía darse a las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes, así: "La tasa de cotización continuará en el 13.5%* del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso

base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes. En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores. El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional. La reducción en los costos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes deberá abonarse como un mayor valor en las cuentas de ahorro pensional de los trabajadores afiliados al régimen de ahorro individual o de las reservas en el ISS, según el caso. Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. ...”.

En virtud del artículo 113 ib, los traslados entre regímenes que se realicen al interior del sistema, se surtirán bajo las siguientes reglas: a). **"Si el traslado se produce del régimen de Prestación Definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes; b). Si el traslado se produce del Régimen de ahorro individual con solidaridad al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización"**

En tratándose de la afiliación informada el artículo 271 de la norma en cita, 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. Ob.cit, 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. 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”. (...) “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”. (En igual sentido ver SL 445 del 2022 M.p., Dra Jimena Godoy Fajardo).

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”.

Criterio doctrinal en el que se ha insistido en precedentes SL2877 del 29 de junio de 2020 y que en SL 3349 del 2021, MP., Luis Benedicto Herrera Díaz, se reiteró como consecuencia de la ineficacia del traslado que: “i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, a partir de agosto 01 de 2009, **en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida;** **ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobró el fondo privado a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales desde el 01 de septiembre de 1998 hasta el 31 de julio de 2004 y a partir de agosto 01 de 2009;** **iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al 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 PENSIONES.**

Sobre este tópico, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en precedente de reiteración 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 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. (Subrayas de la Sala).

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 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 JESUS GALLARDO MANTILLA, nació el 01 de marzo 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 34 años de edad, razón por la que no es susceptible del régimen de transición, hecho que no es objeto de debate.

Que ha estado cotizando al sistema de seguridad social, habiendo realizado aportes al ISS entre el 17 de febrero de 1987 y el 3 de junio de 1996, y posteriormente en el fondo de pensiones Porvenir S.A a partir de la misma fecha, lo que se advierte de la historia laboral consolidada allegada con la contestación de la demanda (Ver expediente digitalizado, subcarpeta 06/ "ContestacionDemanda"- primera instancia).

Que del formulario No. No. 748011 del 3 junio de 1996, 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 espontanea 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.

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 manifestada en el libelo introductor consistente en que no recibió información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso de traslado, donde le explicaran las implicaciones del cambio, las consecuencias y los 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, 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, con las consecuencias adversas como la diferencia abismal del valor de una mesada pensional en uno y otro régimen.

Súmesele, que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de prescripción alegado, habida cuenta que como se explicó anteladamente, se puede presentar en cualquier tiempo la acción de nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de Ahorro individual en cabeza de Porvenir en este caso, por tratarse de una situación jurídica imprescriptible, acogiendo la línea jurisprudencial reseñada. De allí que no sea de aplicación legal en este asunto, el término prescriptivo

especial de una acción de rescisión de un contrato o acto jurídico de que trata el art 1750 del estatuto sustancial civil, ni el contenido el art 151 del CPL, al encontrarse involucrado el derecho fundamental constitucional de la seguridad social.

Aquí habrá que aclarar que, 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 fue 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; 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".

En lo relativo a la condena en costas controvertida, se tiene que revisada la cuantía determinada por ese concepto (Ver PDF No. 14 del exp de 1era inst), fácil es concluir que se respetaron los criterios y parámetros establecidos en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, no encontrándose demostrado que su valor sea

injustificado o excesivo, en la medida que se atribuyó a la parte vencida en primera instancia un valor de 5 SMLMV, inferior a la tarifa máxima permitida, única condición legal para la procedencia de esa condena según el tenor literal del art 365 del CGP; óbice por el cual este cargo no está llamado a prosperar, quedando incólume el principio de autonomía judicial.

Finalmente, en lo concerniente a la inconformidad planteada también por Porvenir frente a la orden de devolución indexada de los dineros destinados a los aportes de la afiliada, habrá que decir que dicho petitum es a todas luces improcedente, habida cuenta que no se planteó en su oportunidad como excepción en la contestación de la demanda (Ver PDF No. 06) y tampoco fue objeto del recurso de alzada que nos ocupa, constituyéndose en un hecho nuevo en esta instancia, lo que atenta contra el derecho de defensa como quiera que sorprende a la contraparte al ser expuesto solo en el momento de la sustentación escrita de los alegatos ante esta instancia y no haber sido debatido en el juicio; lo anterior, acogiendo la línea de pensamiento jurisprudencial desarrollada entre otros en la sentencia con Rad. 41155 del 24 de Julio del 2013, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que señaló: "Ello se traduce, por consiguiente, **en un medio o hecho nuevo, inaceptable en la esfera casacional, puesto que admitirlo ahora comportaría la variación de la *causa petendi* y por ende la vulneración de los principios de contradicción y congruencia. Además, que daría lugar a la violación del debido proceso, al no brindarse la oportunidad a la parte demandada de controvertir desde el comienzo de este litigio tal aspiración, exponer su punto de vista al respecto y ejercitar su consabida defensa**". (En igual sentido, sentencia, sentencia con Rad. 38010 del 2 de Julio del 2014, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno y SL1616 del 11 de mayo del 2022, M.P., Gerardo Botero Zuluaga).

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 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JESÚS ENRIQUE ALLARDO MANTILLA** identificada con la Cedula de Ciudadanía No. 15.242.700. en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

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

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