

EDICTO

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA – HUILA

HACE SABER:

Que con fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL

Demandante: JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY

Demandado: LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Radicación: 41001-31-05-001-2020-00077-01

Resultado: **PRIMERO. MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, el 23 de marzo de 2021, al interior del proceso seguido por JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en el entendido de DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado el 19 de julio de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral cuarto de la providencia del epígrafe, para en su lugar, ORDENAR a la AFP Protección S.A a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros previsionales obrantes en la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, si aún no lo ha hecho, e igualmente se ordena a Colpensiones a recibir los aportes del actor, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de aquel en el régimen de prima media con prestación definida, como si jamás se hubiera efectuado el traslado, dada la ineficacia del mismo.

TERCERO. REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a

lo motivado.

CUARTO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy seis (6) de diciembre de 2022.



RAMON FELIPE GARCIA VASQUEZ
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

ACTA No. 105 DE 2022

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. RAD: 41001-31-05-001-
2020-00077-01**

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, procede en forma escrita, a proferir la siguiente,

PROVIDENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad estatal.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante, previa declaración que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, se le reconozca y pague por parte de dicha entidad la pensión de vejez bajo los apremios de la Ley 797 de 2003, a partir del 17 de abril de 2019, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria persigue, previa declaración de la ineficacia o nulidad del traslado o afiliación que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; se ordene a la AFP Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de saldos y rendimientos obrantes en la cuenta de ahorro individual, en consecuencia, ordenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez prevista en la Ley 797 de 2003, a partir del 17 de abril de 2019, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que laboró para la Armada Nacional desde el 1º de junio de 1980 al 30 de abril de 1985.

Indicó que el 27 de diciembre de 1985, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, fondo en el que perduró hasta el 19 de julio de 1994, cuando se trasladó de régimen pensional, esta vez al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A.

Sostuvo, que el fondo privado no le brindó la información precisa en la que se le indicara los alcances positivos y negativos del cambio de régimen pensional, así como no le efectuó cálculos pensionales.

Aseveró que el 18 de noviembre de 1994, ingresó a laborar con Ecopetrol S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido.

Destacó que el 26 de julio de 2010, Ecopetrol S.A., lo afilió al otrora Instituto de los Seguros Sociales, acto que se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 2010.

Adujo que el 22 de abril de 2019, elevó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento pensional, pedimento que fue negado mediante Resolución SUB 229410 de 23 de agosto de esa anualidad.

Aseveró que, mediante peticiones del 31 de octubre de 2019, solicitó ante las enjuiciadas la nulidad o ineficacia de la afiliación, aspiración que fue resuelta desfavorablemente por las convocadas a juicio.

Refirió que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con un total de semanas cotizadas de 1915.

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva mediante auto de 24 de febrero de 2020, y corrido el traslado de rigor, la demandada Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito introductor, y para tal efecto, formuló los medios exceptivos que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, buena fe por parte de la AFP Protección S.A., validez del traslado a Colpensiones, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

En lo que corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la misma guardó silencio.

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia de 23 de marzo de 2021, declaró que Colpensiones es la entidad de previsión pensional que tiene la afiliación vigente del demandante; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez

bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, la cual condicionó al retiro del servicio del promotor de la acción y condenó en costas a Colpensiones.

Para arribar a tal determinación, indicó en esencia, que en el presente asunto se tiene probado que el demandante se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales a la AFP Protección S.A., el 19 de julio de 1994, sin embargo, previo a incurrir en la prohibición de traslado, y al haber recibido doble asesoría, el demandante decide cambiar de régimen pensional esta vez para retornar a Colpensiones, por lo que desde el año 2010, viene afiliado a Colpensiones sin que pueda advertirse la alegada multifiliación. En ese orden y por reunir los requisitos legales, el actor tiene derecho al reconocimiento pensional, el cual disfrutará una vez opere la desafiliación del sistema.

Contra la anterior decisión, la apoderada de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, interpuso recurso de apelación el que fue concedido en el efecto devolutivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la parte demandada se revoque la providencia objeto de alzada, para en su lugar, absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Como argumento del recurso expone que Colpensiones no puede alterar el ordenamiento jurídico, en el entendido que para la entidad y los aplicativos de consulta que operan al interior de ella, es palmario que el actor se encuentra inmerso en una multifiliación con la AFP Protección S.A., suma a ello, que no puede pretenderse endilgar la afiliación a Colpensiones con la simple emisión de una certificación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia plantea para lo cual,

SE CONSIDERA

Siguiendo los lineamientos de los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el objeto de estudio se centrará en determinar si en el presente asunto existe una multifiliación por parte del demandante al Sistema General de Seguridad Social en Pensión. De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer cual de los fondos pensionales enjuiciados es aquel al que se encuentra legalmente afiliado el actor.

Así mismo, y de encontrarse la afiliación en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, auscultar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la prestación pensional.

Con tal propósito interesa señalar que el artículo 16 de la Ley 100 de 1993 estableció una prohibición según la cual ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones; contrariar esa prohibición, es decir, la afiliación simultánea de una persona a los dos regímenes pensionales que coexisten, esto es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones creadas por autorización de la Ley 100 de 1993, es lo que se denomina multifiliación.

Con el fin de dar solución a este tipo de irregularidades, el Decreto 692 de 1994, previó que en el momento en que el afiliado cambie de régimen pensional, siempre que no se encuentre en curso de la prohibición legal, será exclusivamente válida la última vinculación realizada dentro de estos, restándole así vigor a las demás vinculaciones, para así proceder con la transferencia de la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta del afiliado a la administradora de fondos de pensiones sobre la cual recayó los efectos jurídicos, en los plazos y términos dispuestos por la Superfinanciera.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 3995 de 2008, que entró a regular con mayor especificidad el asunto de la multifiliación, en especial para aquellos hechos ocurridos hasta diciembre de 2007, el artículo 5º de dicha disposición consagró una serie de situaciones en las cuales era posible que un afiliado que no se encontrara inmerso en la prohibición legal de traslado, a pesar de adelantar el trámite de afiliación y cambio de régimen pensional, si no efectuó cotización alguna, podía respetársele la elección del régimen al cual efectivamente realizó cotizaciones.

De otro lado, la jurisprudencia laboral ha enseñado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica no sólo al caso de la aceptación tácita de la afiliación, sino también se extiende a los eventos en que, a pesar de existir formulario de vinculación debidamente diligenciado, no se reportan cotizaciones. Al punto, valido resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL- 14236 de 2015, oportunidad en la que la alta Corporación moduló que *"... el simple diligenciamiento de un formulario y la pretensión de una afiliación puramente formal, se desvanece ante unas cotizaciones continuas, prolongadas y maduradas, que ofrecen razones de la voluntad del afiliado y la administradora que las recibe, y denota una situación fáctica real de inscripción a un determinado régimen de pensiones..."*.

Criterio que igualmente ha sido acogido por la Corte Constitucional en la sentencia T- 191 de 2020, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, oportunidad en la que al estudiar un asunto de similares contornos facticos al hoy debatido, moduló que *"Esta postura se reitera en fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia, la cual sostiene que "desde tiempo atrás, esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692 /94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte"*.

Bajo tales supuestos, al descender al caso puesto a consideración de la Sala se tiene que el demandante presenta cotizaciones al otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para los ciclos comprendidos entre el 27 de diciembre de 1985 al 17 de febrero de 1986, del 7 de julio de 1987 al 12 de octubre de 1991, del 21 de octubre de 1991 al 31 de julio de 1994, y luego, a partir del 1º de

noviembre de 2010 al 31 de marzo de 2018, registra aportes continuos por parte del empleador Ecopetrol S.A., tal como se desprende de la historia laboral que reposa a folios 13 a 19 del archivo denominado "04ANEXOS", adjunto al expediente digital.

Así mismo, a folio 21 del archivo en comento, gravita formulario de afiliación suscrito por el actor, mediante el cual se vincula a la AFP Protección S.A., documento adiado 19 de julio de 1994, seguido, a folio 22, reposa formulario de vinculación emitido por el Instituto de los Seguros Sociales de fecha 26 de julio de 2010. También obra en el expediente certificación emitida el 24 de octubre de 2019, por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de la que se extrae que:

"Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY** identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía** número **73086645**, se encuentra afiliado (a) desde 27/12/1985 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** y su estado es **ACTIVO COTIZANTE**.

INFORMACIÓN HISTÓRICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				
Novedad	Código Entidad	Entidad Definitiva	Fecha	Multivinculación Decreto 3995/2008
Traslado Aprobado de COLPENSIONES o a un Fondo de Pensión	2	PROTECCION S.A.	01/08/1994	No Multivinculado
Traslado Aprobado de un Fondo de Pensión a COLPENSIONES	23	COLPENSIONES	01/09/2010	No Aplica

De otro lado, fue incorporada certificación emitida por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., adiaada 9 de septiembre de 2019, en la que dispone que "El señor **JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY**, identificado (a) con Cédula de Ciudadanía N° 73.086.645 No se encuentra afiliado Ni pensionado en nuestro Fondo de Pensiones Obligatorio".

Por último, se anexó reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A., de la que se desprende que el actor efectuó cotizaciones a dicho fondo hasta el 13 de diciembre de 2010, data para la cual se registró novedad en la casilla denominada "TRANSACCIÓN", anotación "CANCELACIÓN CUENTA AFILIADO POR TRASPASO SALIDA COLPENSIONES", información que se acompasa con el reporte emitido por Asofondos visto a folio 34 del archivo denominado "07RESPUESTAPROTECCIÓN.S.A."

Analizadas en conjunto las probanzas allegadas al informativo es que, para la Sala, contrario a lo afirmado por el sentenciador de primer grado, el acto jurídico traslado efectuado el 1º de septiembre de 2010, en el que el demandante retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no reunió los requisitos de ley para que pudiese predicarse su validez.

Así se afirma, por cuanto si bien al examinar las historias laborales allegadas al proceso luce palmaria la intención del afiliado de permanecer vinculado a Colpensiones, pues fue ante este fondo pensional que tramitó la solicitud de vinculación en el 2010, y es a partir de esa calenda que comienza a realizar aportes a seguridad social en pensión, extendiéndose los mismos hasta el 2018, no puede perderse de vista que para el 28 de julio de 2010, data en que fue solicitada la afiliación a Colpensiones, el actor ya se encontraba inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, esto es, ya le faltaba menos de 10 años para arribar a la edad mínima de pensión.

Nótese como del documento de identidad del actor se advierte que el mismo nació el 17 de abril de 1957, por lo que arribó a la edad de 52 años, el mismo día y mes del año 2009, es decir, el promotor del proceso estaba en posibilidad de trasladarse de entre los regímenes pensionales sólo hasta el 17 de abril de 2009, data a partir de la cual le faltaría menos de 10 años para acceder al derecho pensional, y si se revisa el formulario de vinculación emitido por Colpensiones, se logra constatar que la solicitud de cambio de régimen pensional se dio tan solo hasta el 26 de julio de 2010, momento para el cual ya el promotor del proceso, por mandato legal, no podía ejercer la potestad de variación de régimen.

Bajo esa orientación, es que para esta Corporación en el presente asunto no se configura la institución jurídica de la multifiliación, en la medida que, se itera, la vinculación efectuada el 26 de julio de 2010 ante Colpensiones, no contó con los requisitos que la ley le imprime para que pudiese nacer a la vida jurídica y producir así los efectos que de ello se derivan.

Así las cosas, no resulta procedente acceder a las pretensiones principales de la demanda, en la medida que como se dijo, en el *sublite*, no opera la figura de la

multiafiliación, razón por la cual, desciende la Sala al estudio de la pretensión subsidiaria, esto es, establecer si el traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., es eficaz.

Con tal propósito interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que el 19 de julio de 1994, el demandante suscribió formato de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– administrado por Protección S.A., en el que se dejó constancia de la novedad de traslado del sistema de Prima Media con Prestación Definida que estaba en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al privado; (ii) que el dinero que se encontraba a cargo del fondo público fue remitido a la nueva administradora; (iii) que el 31 de octubre de 2019, solicitó ante las entidades demandadas la nulidad o ineficacia de la afiliación, la que fue resuelta de forma negativa.

Bajo tales supuestos, importa a la Sala destacar que uno de los pilares sobre los cuales se erigió el sistema de seguridad social en pensiones es el derecho del afiliado a la libre elección tanto de régimen, como de administradora, de esta forma lo dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece que *“Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones de mercado”*.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en

sentencia SL1452-2019, precisó que *"necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (...) no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito". (...) 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. (...) Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en fondos de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos a los afiliados".*

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *"existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional"*¹.

Así mismo, en la providencia SL1452 traída a colación la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia respecto de la carga de la prueba, enseñó que *"(...) frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca (...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación la AFP no*

¹ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*.

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 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 quién 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 del régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información, y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que obra copia de la solicitud de afiliación y traslado del 19 de julio de 1994 ante la AFP Protección S.A., suscrita por Jesús Antonio Pedraza Cely, documento del que no se advierte que al actor se le haya ofrecido información alguna respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de una expresión genérica de voluntariedad precedida de la firma del petente, que tal como lo enseña la CSJ SCL², no da cuenta del cumplimiento del deber de información y protección del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado, en todo y cuanto concernía con los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en su derecho pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que Protección S.A., al ejercer el derecho de contradicción y defensa arrió al expediente comunicación dirigida al actor el 14 de enero de 2009, en la que le puso en conocimiento cálculos preliminares de lo que sería una pensión en cada uno de los regímenes pensionales, y que le informó de la imposibilidad de trasladarse al faltarle menos de diez años para acceder al derecho

² SL12136-2014.

prestacional, lo que en principio podría entenderse como una doble asesoría, sin embargo, al detallar el comunicado remitido por la enjuiciada, no se avizora el cumplimiento del deber de información por parte del fondo pensional, en la medida que no hace referencia a los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes existentes, tampoco le proporciona explicación alguna en torno a la manera en que funcionan aquellos, ni la posibilidad de ahorro voluntario, pues sólo se limita a liquidar preliminarmente una pensión con base a los datos del mercado y las particularidades del ahorro del actor.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

En consonancia con lo anterior, es imperante enfatizar, que en aquellas controversias como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, dada la responsabilidad que se le endilga a las Administradoras del Fondo Privado, estas entidades dentro de su órbita, tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, así como las implicaciones propias que conlleva el traslado de régimen pensional, carga que de forma legítima se le impone a las demandadas, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que las entidades poseen un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado, a quien concretamente, no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

En lo que atañe al fenómeno extintivo de la prescripción, importa precisar que para la Sala es claro que en casos como el que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, y mucho menos aquel previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad

Social, modificado por la Ley 712 de 2001, "los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código". Por ende, se concluye, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas "Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras..."; conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, a pesar de que se pretenda la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con la seguridad social razón por la que el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, dado que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión pues influye en esta de manera directa, adicionalmente el artículo 53 constitucional, establece que los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales son irrenunciables, como lo sería para el caso concreto el monto de la pensión de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU 298 de 2015, y por cuanto la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, y por consiguiente respecto de la misma no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689 de 2019 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, moduló que "la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".

De otro lado, sea pertinente advertir, que el Fondo de Pensiones y Cesantía Protección S.A., al contestar la demanda formuló los medios exceptivos que denominó "inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a derechos de terceros de buena fe", exceptivas que no encuentran prosperidad en la

medida que acorde a lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la devolución de gatos de administración y seguros previsionales constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS 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. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es 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, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Por lo expuesto, se modificará la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, ordenar a Protección S.A a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de

gastos de administración y seguros previsionales obrantes en la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, si aún no lo ha hecho, e igualmente se ordenará a Colpensiones a recibir los aportes del actor, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de aquel en el régimen de prima media con prestación definida, como si jamás se hubiera efectuado el traslado, dada la ineficacia del mismo.

PENSION DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que el demandante nació el 17 de abril de 1957, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 5 del archivo denominado "04ANEXOS", adjunto al expediente digital, lo que implica que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2019, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios 29 a 33, se establece que cotizo 1,875,01 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidará conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, prestación que

como lo señaló el funcionario judicial de primer grado, se encuentra causada desde el 17 de abril de 2019, pero su disfrute estará sujeto a la desafiliación del sistema.

Por último, en lo referente a la condena en costas de esta segunda instancia, comoquiera que el grado jurisdiccional de consulta, no está contemplado como medio de impugnación o recurso ordinario al alcance de las partes, pues opera como una especie de revisión por ministerio de la ley, toda vez que tiene por objeto que el superior revise íntegramente y de manera oficiosa la decisión tomada por el *a quo*, no resulta plausible condena en costas respecto de la parte a quien por mandato legal le es concedido dicho grado jurisdiccional, sin importar que sobre la decisión objeto de revisión el mismo sujeto procesal haya interpuesto recurso de apelación, puesto que la consulta implica que el *ad quem* deba analizar de manera completa el fallo proferido en primera instancia.

Por manera que, en atención a que el presente asunto se conoció, además de la apelación en grado jurisdiccional de consulta no se condenará en costas a Colpensiones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, el 23 de marzo de 2021, al interior del proceso seguido por **JESÚS ANTONIO PEDRAZA CELY** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en el entendido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado el 19 de julio de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la providencia del epígrafe, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP Protección S.A a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros previsionales obrantes en la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, si aún no lo ha hecho, e igualmente se ordena a Colpensiones a recibir los aportes del actor, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de aquel en el régimen de prima media con prestación definida, como si jamás se hubiera efectuado el traslado, dada la ineficacia del mismo.

TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo motivado.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada


ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada


EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado

Firmado Por:

Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cd662582df11ec19a7371678ef25437076e5ad0dc2c8b23d77845e6e08553ed2**

Documento generado en 29/11/2022 04:20:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>