

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

ACTA No. 09 DE 2021

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SONIA MORA ORREGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. No. RAD: 41001-31-05-001-2018-00316-01

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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escrita, a proferir la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 02 de agosto de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en la que se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenó la devolución de los dineros recaudados con los rendimientos financieros. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante, previa declaración de la ineficacia o nulidad del traslado que realizó de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a Cesantías y

Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 4 de agosto de 1995, se condene a la actual administradora del régimen de ahorro individual a devolver el valor del ahorro recaudado junto con los rendimientos financieros al régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, solicitó se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se generen como consecuencia del proceso.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que nació el 13 de diciembre de 1961; que comenzó su vida laboral el 1º de junio de 1985, fecha desde la cual se afilió al Sistema General de Pensiones por conducto del Instituto de Seguros Sociales, en donde permaneció hasta el 4 de agosto de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual.

Indicó, que Asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena, actualmente Protección S.A. acudieron a las instalaciones donde laboraba al servicio de la Gobernación del Huila, con el fin de exponer el portafolio de servicios y el estado en el que se encontraba para ese entonces las administradoras del régimen de prima media con prestación definida.

Señaló, que la información que le brindó la AFP le fue suministrada por una asesora comercial y no por un profesional en temas de seguridad social; que la administradora de fondo de pensiones y cesantías no realizó el cálculo pensional de ambos regímenes, como tampoco le explicó respecto de la redención del bono pensional y el valor del capital necesario para acceder a la pensión de vejez.

Sostuvo, que el 17 de abril de 2017, petitionó ante Protección S.A. la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con copia a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por cuanto es el fondo pensional al que en la actualidad se encuentra afiliada, no obstante, a través de escritos del 19 de abril y 8 de junio de 2017, respectivamente, le fue negado tal pedimento.

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva (fl. 105) y corrido el traslado de rigor, las demandadas dieron respuesta a la demanda así:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena, por cuanto el formulario de afiliación anexo a la demanda, da cuenta de que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó de manera libre, espontánea y voluntaria, razón por lo que se aceptó las consecuencias jurídicas de dicha decisión. Afirmó que la demandante al contar con 56 años de edad, sobrepasa la edad máxima para el traslado entre regímenes, por lo que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003, no puede el *a quo* ordenar su retorno al régimen de prima media con prestación definida. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la declaratoria de otras excepciones. (fls. 118-128).

A su turno, Protección S.A. y Porvenir S.A., adujeron en su defensa que el acto del traslado fue voluntario, tal y como se demuestra con el escrito de solicitud que para el efecto suscribió la parte demandante, razón por la cual, no puede existir engaño o error en el consentimiento porque la selección se realizó conforme lo reglado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. Indicó que la accionante a pesar de contar con 5 días para retractarse del acto jurídico, no hizo uso de ese derecho, y por tal razón considera inaceptable que 23 años después de haberse realizado el traslado de régimen, se pretenda discutir sobre la validez del mismo, cuando resulta claro que la demandante ratificó con su firma primero en el año 1995 y luego en el 2006, en el momento en que se trasladó de Protección S.A. a Porvenir S.A., su intención de trasladarse de régimen pensional.

Afirmaron, que en materia de nulidad relativa por error en el consentimiento proveniente de dolo, la demandante contaba con un lapso de 4 años contados a partir de la celebración del acto, para demandar su invalidez, y que con la demanda no se aporta prueba alguna que demuestre el engaño o desinformación del que se alude como fundamento de las pretensiones. Reclamaron que no se presentó vicio en el consentimiento de la demandante que invalide el traslado de

régimen pensional, habida cuenta que, se le ofreció la información necesaria para el efecto.

Por último, refirieron que teniendo en cuenta que la señora Mora Orrego actualmente alcanza los 56 años de edad, se encuentra inhabilitada para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones a cargo de los fondos de seguridad social, falta de causa para demandar e inexistencia del derecho; buena fe y cumplimiento de la normatividad vigente; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y la innominada o genérica. (fls. 148-187 y 211-258)

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 2 de agosto de 2019 (fls 271-274), declaró la ineficacia de la afiliación, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros, e impuso condena en costas a todos los sujetos que conforman la parte pasiva.

Para arribar a tal determinación, indicó en esencia, que la AFP no probó que le haya brindado a la demandante, al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, información clara y precisa respecto de las ventajas y desventajas que implicaba dicha decisión, sobre todo las de tipo económico.

Resaltó el *a quo*, que desde el año 1994, es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones, ofrecer la información de las prerrogativas y menoscabos que implica el traslado de régimen, hecho que de no hacerse en debida forma conlleva a la ineficacia del acto jurídico celebrado para tal efecto. En cuanto a la prescripción, Concluyó, que los actos ineficaces no generan ninguna efectividad y por ello, no puede haber un término preciso para presentar una prescripción como lo sostiene el órgano de cierre en materia laboral.

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.

Solicitan las entidades de seguridad social, se revoque la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, para en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, luego de hacer énfasis en los mismos argumentos que presentaron al dar contestación a la demanda, reclaman que no comparten la conclusión del despacho en cuanto a la carga de la prueba, pues consideran que quien debe demostrar el engaño, la falta de información o la insuficiencia de la misma, es la parte que la alega para así alcanzar la invalidez que predica del acto jurídico de traslado de régimen pensional, el cual se sustentó en su momento en lo reglado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Solicitan, se dé aplicación a la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín y al fallo de la Corte Suprema de Justicia del 15 de abril de 2015, que hace la distinción entre el acto del traslado y el monto pensional, ello por cuanto en el presente caso lo que se pregona es la ineficacia de la afiliación por falta de información.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLPENSIONES

El apoderado de Colpensiones, reclama que teniendo en cuenta que la demandante nació el 13 de diciembre del año 1961, el término para el traslado se encuentra vencido, conforme a lo consignado en la ley 100 de 1993 y que por tal razón el mismo es inviable al régimen de prima media con prestación definida.

Considera, que en el presente asunto debe aplicarse lo señalado en el artículo 1750 del Código Civil que establece como plazo para solicitar la rescisión de los contratos el término de 4 años contados desde el día siguiente a la suscripción del mismo. Adicionalmente, refiere que no resultan ajenos a la causa los artículos 488 y 151 del Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, respectivamente.

Pretende, se dé aplicación a lo reglado en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto concierne a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, pues refiere que, Colpensiones no intervino en el contrato objeto de ineficacia, y el

traslado que conlleva la invalidez de dicho negocio jurídico tiene implicaciones financieras a cargo de dicha entidad, por lo que solicita que en el evento de considerarse que debe ser confirmada la decisión de primera instancia, se disponga la devolución de los gastos de administración, los frutos y rendimientos de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Asegura que la demandante no acreditó la supuesta falta de información para hacer ineficaz el traslado de régimen, pues sostiene que de acuerdo a las previsiones del artículo 167 del Código General del Proceso, para que se invierta la carga de la prueba así debe ser solicitada por la parte interesada, o cuando mínimo el juez debió haberlo señalado en la oportunidad correspondiente, lo cual no aconteció en el *sub judice*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDANTE

Corrido el traslado y dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandante solicitó confirmar la sentencia proferida por el a quo, que declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Al respecto indicó que, de acuerdo con la sentencia SL 1452 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, los asesores de la AFP omitieron el deber de información, al no manifestar de manera verbal o escrita los requisitos, procesos y efectos de cada régimen en el acceso a los derechos pensionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDADA

El apoderado de Porvenir S.A. solicitó revocar la decisión proferida el 15 de octubre de 2019, para que en su lugar la absuelva de todas las pretensiones y se declare probadas las excepciones propuestas. En efecto, además de reiterar los motivos de inconformidad expuestos al formular el recurso, como alegaciones finales señaló que, el traslado al régimen de ahorro individual se realizó de manera libre y voluntaria, atendiendo lo dispuesto por el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y además que, la demandante podía retractarse en tiempo e indagar sobre su estado pensional para tomar una decisión. Agregó, que la providencia del juzgado

menoscaba la seguridad jurídica, al permitir que cualquiera, bajo aspectos subjetivos y en aplicación de la figura de las negaciones y afirmaciones indefinidas, considere la falta de información para evadir sus obligaciones.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones solicitó revocar la sentencia de primer grado. Para el efecto, afirmó, que los contratos de afiliación a las AFP gozan de presunción de buena fe, en los términos del artículo 83 de la Constitución Nacional, por lo que debió probarse la mala fe, el vicio en el consentimiento o la falta de información, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P; que en cabeza del demandante se encuentra la obligación de informarse sobre todo lo concerniente al proceso de afiliación al sistema, por disposición de los artículos 1604 del Código civil, 2.6.10.1.4 del decreto 2255 de 2010 y 9º Constitucional. Así mismo, señaló que, en el caso concreto no es posible el traslado al régimen de prima media, puesto que, la oportunidad para hacerlo era 10 años antes de cumplir la edad para acceder al derecho pensional. Adicionalmente, solicitó, en caso de confirmarse la decisión, se ordene la devolución de los gastos de administración, como consecuencia de la ineficacia, y se exima de la condena en costas, toda vez que actuó como un tercero dentro del proceso.

Concedido el término a la demandada Protección S.A. para alegar de conclusión, este venció en silencio.

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

De entrada, en cuanto a la aplicación de un precedente judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, así como de la Corte Suprema de Justicia el 15 de abril de 2015, resulta oportuno para esta Sala de Decisión precisar, que la adopción del precedente judicial en las decisiones que adoptan los diferentes operadores judiciales tienen su génesis en el principio de *stare desisis*, o estarse a lo resuelto, lo que significa, dar aplicación a casos homólogos criterios acogidos en decisiones anteriores, ello, en procura de la seguridad jurídica y la salvaguarda del derecho fundamental a la igualdad.

En efecto, existen dos tipos de precedente judicial, el primero de ellos es el horizontal, el cual acoge las decisiones procedentes de autoridades del mismo orden jerárquico o incluso por el mismo funcionario y, el segundo, el vertical, que hace referencia a la adopción de decisiones que emanan del superior funcional; en el primero de ellos, es completamente viable su aplicación en atención a los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad, mientras el segundo, esto es, el emanado del superior jerárquico, encuentra su aplicación en el ejercicio unificador de la jurisprudencia con que cuentan las altas corporaciones, limitando la autonomía judicial al respeto de las posturas ya decantadas.

Dicho lo precedente, y descendiendo a los reparos formulados por el apoderado de las codemandadas Porvenir S.A. y Protección S.A., en los que persigue la aplicación de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicación SL6438-2015 con ponencia de la Magistrada doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cabe precisar, que la providencia a que hace referencia el recurrente, resuelve un caso totalmente distinto al que llama la atención de la Sala en esta oportunidad, pues en aquél, el tema a tratar por el órgano de cierre de la Especialidad Laboral de la Jurisdicción Ordinaria, se contrajo a establecer, si para efectos de recuperar el régimen de transición pensional por aquellas personas que teniendo más de quince (15) años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, decidieron afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, resulta indispensable que los saldos trasladados sean coincidentes o superiores al monto

total del aporte que hubiere tenido la afiliada en el régimen de prima media con prestación definida de haber permanecido en él.

En tal virtud, y como los problemas jurídicos a resolver distan sustancialmente entre el caso sometido al escrutinio de esta Corporación y aquél puesto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, ello por cuanto en la decisión de la Sala de Casación Laboral, se estudió si es una exigencia válida la equivalencia de los aportes legales, para aquellas personas que pretenden recuperar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; razón por la cual, dicho precedente no está llamado a aplicarse en este asunto.

Ahora, en lo que respecta a la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín Sala Laboral, como se expuso al momento de desatar la Litis, el operador judicial cuenta con la posibilidad, incluso, de aplicar el precedente judicial horizontal o propio, siempre que, si se aparta de la doctrina probable establecida por el órgano de cierre jurisdiccional, dicha disidencia se encuentre debidamente justificada y previo al cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: i) que haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiese existido y ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía.

Postulado que ha sido tratado por la Corte Constitucional en sentencia SU 354 de 2017, con ponencia del Magistrado Iván Humberto Escruce Mayolo, oportunidad en la que al respecto moduló *"Asimismo, la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión. El desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe. Por lo cual y a pesar de la regla general de obligatoriedad del precedente judicial, siempre que el juez exprese contundentemente las razones válidas que lo llevaron a apartarse del precedente constitucional, su decisión será legítima y acorde a las disposiciones legales y constitucionales"*.

Dicho lo precedente, no encuentra esta Corporación razonamiento suficiente que la lleve a adoptar el pronunciamiento del Tribunal de Medellín y así apartarse de la doctrina probable y pacífica del órgano de cierre en materia laboral en torno al tema de la ineficacia del traslado, pues para esta Sala de Decisión, el papel que cumple el Tribunal de Casación en la guarda de los derechos constitucionales de quienes someten sus conflictos a la consideración de la administración de justicia, ostenta un valor de altísima importancia, dada la necesidad de que las personas tengan cierta certeza acerca de que serán tratados en igualdad al momento de la resolución de los asuntos puestos en su conocimiento, siempre que éstos guarden simetría con otros fallados con antelación.

De esta manera, en el presente asunto no encuentra la Sala que la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín traída a colación por el apoderado de las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A., contenga identidad fáctica con el asunto hoy puesto en conocimiento de la Corporación, pues en el caso que resolvió el cuerpo colegiado de Medellín, se ventila la ineficacia del traslado de regímenes de un pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad que optó por la renta vitalicia, mientras que en el asunto que convoca a esta judicatura, se debate la ineficacia del traslado de una afiliada que no cuenta a la fecha con reconocimiento de pensión alguna y quien simplemente por la falta de información clara y precisa sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen pensional, considera transgredido su derecho a la libertad de escoger el régimen que más le favorecía teniendo en cuenta sus expectativas pensionales.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-354 de 2017 adoctrinó que *"En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo". Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares"*, de tal suerte que para que el juez pueda dar aplicación a la

doctrina probable debe concurrir en esencia el elemento de similitud en el objeto a resolver, identidad fáctica entre la solución dada por la alta corporación y el caso que se pretende homologar, supuesto de facto que no se configura en el sub examine.

No está por demás, traer a colación lo enseñado por el órgano de cierre en materia constitucional en lo referente a la fuerza vinculante del precedente judicial vertical, al señalar que:

"Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundan en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares".
(...)

La importancia de este precedente también fue explicada recientemente en la sentencia SU-053 de 2015, al señalar que cuando emana de los Altos Tribunales de Justicia adquiere un carácter ordenador y unificador "que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso". Sobre el particular explicó:

"En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad".

Teniendo cuenta lo anterior, la Sala estudiará el caso puesto en conocimiento bajo los derroteros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, en la especialidad laboral en asuntos análogos, ello, en atención al carácter unificador de sus decisiones y la salva guarda de los derechos constitucionales que aquí se debaten.

Así las cosas, el conflicto jurídico que dio origen al presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si es procedente declarar la

ineficacia del traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, y de ser así, establecer si se configuró el fenómeno de la prescripción.

Con tal propósito, interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que la demandante suscribió el formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 4 de agosto de 1995, en el que se dejó constancia de la novedad de traslado de régimen; (ii) que la actora dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de octubre de 2006, se trasladó a Pensiones y Cesantías Porvenir; (iii) que Sonia Mora Orrego solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional mediante escritos radicados el 17 de abril, 15 de mayo y 9 de junio de 2017.

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, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, con ponencia del doctor Gerardo Botero Zuluaga, enseñó 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, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL1452 traída a colación enseñó que *"(...) frente al*

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"*.

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 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".

Ahora, el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable a los juicios laborales por la facultad concedida por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, adicionalmente en su inciso final, el artículo en cita resalta que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

En tal virtud, resulta claro que al fundarse la pretensión de ineficacia de traslado en una negación indefinida, como lo es, la de no haberse recibido la información debida al momento de la celebración del acto de afiliación, implica como consecuencia lógica, que a quien le corresponde demostrar el hecho contrario o positivo, es a quien alega que sí suministró la información correspondiente, no por el hecho de que la parte haya

solicitado la inversión de la carga probatoria, o que el juez así lo haya determinado, sino porque al haberse alegado como supuesto de facto para sustentar las excepciones u oposiciones, el demandado tiene el deber de demostrarlo, máxime cuando es aquél quien por virtud de la labor que despliega tiene el deber de recopilar en sus archivos todos los documentos que den cuenta acerca de la actividad que por virtud de su objeto social debe realizar.

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que a folio 33 del cuaderno 1, obra copia de la solicitud de afiliación y traslado que data de 04 de agosto de 1995, ante la entonces AFP Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., suscrita por Sonia Mora Orrego, así mismo, se observa a folio 34, la solicitud de traslado de AFP, signada por la señora Mora Orrego, documentos de los que no se evidencia, que a la actora 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 de la *petente*, que tal como lo ha sostenido la CSJ SCL², no da cuenta del cumplimiento del deber de información y protección del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

Ahora, importa precisar que si bien con posterioridad al cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la señora Mora Orrego se trasladó de Cesantías y Pensiones Colmena – Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., ello no implica que se tenga por convalidado el traslado de régimen o que el vicio que afectó el consentimiento haya desaparecido, por cuanto la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales derivados del mismo.

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 la Administradora del Fondo Privado, esta entidad

² SL12136-2014.

dentro de su órbita, tiene el deber de demostrar que suministró 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 la demandada, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee 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.

Por manera que, como en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación del demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera consiente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace ineficaz el traslado de régimen, de ahí que no haya lugar a revocar la decisión de primer grado en este sentido.

PRESCRIPCIÓN

Al respecto, 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 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 ésta 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 conforme la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expuso *"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)"*.

Ahora, una vez verificados los elementos necesarios para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, corresponde indicar que la consecuencia jurídica que implica tal circunstancia es la de retrotraer las cosas al estado anterior del acto considerado ineficaz, debiéndose consecuentemente devolver los aportes pensionales, los rendimientos financieros y los gastos de administración por parte de la AFP a Colpensiones, conforme lo regula el artículo 1746 del Código Civil en consonancia con lo señalado en el artículo 963 ibídem, ello en la medida que el vicio del consentimiento que afecta la validez del acto de traslado es producto de la conducta en la que incurrió la sociedad administradora de fondo de pensiones. Así lo consignó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4811-2020 radicación 68087 del 28 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado doctor Gerardo Botero Zuluaga:

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual

trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. »"

En consecuencia, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia del 2 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar los aportes a pensión, rendimientos financieros y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la señora Sonia Mora Orrego con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenarán en costas en esta instancia a Porvenir S.A. y Protección S.A. Sin lugar a condena en costas respecto a Colpensiones, por cuanto se conoció por virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, el 2 de agosto de 2019, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar los aportes a pensión, rendimientos financieros y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la señora **SONIA MORA ORREGO** con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- COSTAS. CONDENAR en costas de segundo grado a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A. conforme a lo motivado.

CUARTO.- 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