



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL**

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JESÚS ANTONIO NARVÁEZ AVILÉS
Demandado: PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
Radicación: 41001310500120190009701
Asunto: RESUELVE APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Neiva, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 082 del 19 de agosto de 2021

CUESTIÓN PREVIA – IMPEDIMENTO

Mediante auto fechado el 26 de julio de los cursantes la magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, por concurrir la causal establecida en el artículo 141 numeral 6° del CGP, esto es, por “Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”. Lo anterior por cuanto, según informó, en la actualidad se encuentra tramitando una demanda ordinaria laboral en virtud del inadecuado asesoramiento al momento de trasladarse a un fondo privado, derivado de la información inexacta y engañosa, que impide su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual constituye, precisamente, el objeto de este litigio.

Expresó la magistrada que “En mi caso además de estar acreditada la existencia de un pleito pendiente, las resultas de lo resuelto en el presente proceso están directa y entrañablemente ligadas al éxito de mi litigio, lo cual atenta contra mi imparcialidad al momento de tomar la decisión de segunda instancia respectiva, pues es evidente mi criterio jurídico y personal respecto del asesoramiento, e ineficacia de las afiliaciones a los regímenes privados que imposibilitan la transferencia al régimen de prima media, máxime atendiendo a que mi proceso se encuentra en curso en un despacho que es de connotación jerárquica inferior a este tribunal en la especialidad laboral, constituyéndose mi posición en un precedente jurisprudencial de obligatoria observancia para el despacho de conocimiento. Por tanto, ante la identidad de una



de las partes y pretensiones del presente proceso con el litigio que se encuentra pendiente de resolver en el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, me encuentro impedida para continuar conociendo del mismo”.

Respecto a la causal de impedimento puesta de presente por la magistrada CAMACHO NORIEGA, la Corte Constitucional ha precisado que para que se configure es necesario que emerja evidente que en el funcionario jurisdiccional, exista un interés en las resultas del mismo que logre permear su ecuanimidad para dirimir el asunto sometido a su conocimiento conforme a derecho, interés que bien puede ser directo o indirecto, patrimonial, intelectual, moral o de cualquier otro tipo, no bastando con la mera acreditación de la existencia de un pleito en curso o que el juez sea o haya sido contraparte de una de las partes o apoderados del correspondiente litigio. Por tal razón, para que el impedimento se configure, dada la amplitud de la norma, se hace necesario que el juez expresamente manifieste cuál es el interés que le asiste y en qué medida afecta su imparcialidad las circunstancias que rodean el conflicto.

En el presente asunto la magistrada pone en conocimiento los hechos que fundamentan su impedimento y establece claramente que le asiste interés directo y actual en las resultas del proceso y, por tanto, que dichas circunstancias logran afectar su fuero interno y su capacidad subjetiva para deliberar y fallar.

Por lo anterior, se **DISPONE:**

ACEPTAR el impedimento formulado por la magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA.

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver las apelaciones formuladas por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA



Mediante escrito presentado a la jurisdicción el 05 de marzo de 2019, el actor convocó a juicio ordinario laboral de primera instancia a las demandadas con el fin de que se declare *“que el traslado o afiliación del señor JESÚS ANTONIO NARVÁEZ ÁVILA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 2000, es NULA O INVÁLIDA, por falta de información en las consecuencias que generaría el traslado de Régimen, de conformidad con el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993”*. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y se ordene a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los ahorros y rendimientos financieros que reposen en la cuenta individual del actor a COLPENSIONES, así como la información necesaria donde se detallen las semanas cotizadas, de conformidad con los artículos 7 y 8 del Decreto 3995 de 2008 y demás normas concordantes.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. por no haberse brindado la información suficiente al afiliado y ordenar el “reintegro automático” al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES *“de manera que SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., lleve a cabo la restitución clara y completa a COLPENSIONES de la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de mi prohijado”*.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones precisó que nació el 18 de junio de 1951, contando con 67 años a la fecha de presentación de la demanda.

Que inició su vida laboral en 1978 con el empleador GONCHEGAVILTDA., afiliándose al Régimen de Prima Media administrado por Instituto de Seguros Sociales – ISS, donde permaneció hasta el año 2000 cuando, siendo su empleador UNIDAD ZANAR LTDA., los asesores de PORVENIS S.A. le ofrecieron su portafolio de servicios y le hablaron de las ventajas de trasladarse de régimen pensional sin especificarle aspectos tales como el capital necesario para la pensión anticipada, la fecha de redención del bono pensional, la disminución de su valor por redención anticipada, entre otros, logrando, finalmente, que autorizara su traslado al Régimen de Ahorro Individual, mediante la suscripción del correspondiente formulario el 31 de agosto de 2000.

Que el 30 de mayo de 2018, a través de apoderado, solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, procediendo del mismo modo frente a COLPENSIONES con derecho de petición fechado el 08 de junio de la misma anualidad y ante la Superintendencia Financiera de Colombia, sin obtener resultados positivos.

Que el 30 de mayo de 2017 la demandada PORVENIR S.A. realizó una liquidación pensional al actor indicando que, a sus 69 años de edad, con el ahorro de su cuenta individual y un bono pensional, la mesada le quedaría en \$2.455.500, mientras que en COLPENSIONES la misma ascendería a \$6.634.454, lo que demuestra que no se le brindó información veraz, real y oportuna previa al traslado.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

COLPENSIONES

Tras hacer algunas anotaciones sobre la naturaleza jurídica de la entidad también contestó el escrito inicial oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal. Explicó que la afiliación del promotor del proceso al Régimen de Ahorro Individual fue libre y voluntaria, encarándole el incumplimiento del art. 2º de la Ley 797 de 2003 para la procedencia del traslado pensional.

Aceptó los hechos referentes a la historia laboral del demandante y se abstuvo de pronunciarse sobre los no referentes a COLPENSIONES. Como excepciones de fondo formuló las que nominó *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”*, *“PRESCRIPCIÓN”* y *“DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”*.

PORVENIR S.A.

Replicó el libelo aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, destacando que al actor se le explicaron las ventajas del Régimen de Ahorro Individual, de acuerdo con los postulados de la Ley 100 de 1993, y que los asesores de la entidad estaban suficientemente capacitados para brindar a los afiliados una información veraz y ajustada a los preceptos legales.

Adujo que al momento de la suscripción del formulario para el traslado a PORVENIR S.A. el afiliado dejó constancia de que su elección la hacía en forma libre,



espontánea y sin presiones, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos y particularmente sobre los referentes al régimen de transición, por lo que no le es dado ahora desconocer los efectos jurídicos de su manifestación de voluntad, agregando que, en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse del traslado, de demandar la nulidad relativa e incluso de haber gestionado su regreso al Régimen de Prima Media cuando le faltaban diez (10) años para cumplir la edad de pensión, sin que hiciera uso de tales opciones.

Precisó que en el caso bajo examen no se visualiza la presencia de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), de tal suerte que la asesoría brindada cumplió con los presupuestos legales con el fin de atender debidamente las inquietudes de los potenciales afiliados, sin incluir proyecciones o propuestas técnicas, comoquiera que dicha obligación surgió en diciembre de 2015 por disposición de la Superintendencia Financiera.

Respecto de la proyección pensional adujo que es un simple ejercicio de simulación obtenido a través de la página web de PORVENIR S.A., el cual es un cálculo provisional y no constituye una situación jurídica concreta y definitiva.

Finalmente señaló que no es procedente el traslado de régimen habida consideración que el actor está legalmente afiliado al Régimen de Ahorro Individual, que ya tiene la edad de pensión y que no cumple con los presupuestos de la sentencia C-1024 de 2004 por cuanto para el 01 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios.

Como excepciones de mérito formuló las que denominó: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MI REPRESENTADA, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO”*, *“BUENA FE Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE POR PARTE DE PORVENIR S.A.”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACION”* e *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite de la primera instancia, el *a quo* le puso fin con sentencia del 20 de enero de 2020, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demandante, declarando ineficaz el traslado de JESÚS ANTONIO NARVÁEZ AVILÉS al Régimen de Ahorro Individual el 31 de agosto de 2000 y los traslados subsiguientes entre diferentes administradoras de dicho régimen. Ordenó a la demandada PORVENIR



S.A. trasladar los saldos, cotizaciones y bonos pensionales con sus respectivos intereses, frutos y/o rendimientos a COLPENSIONES y, a esta última, le mandó efectuar la correspondiente aceptación del afiliado.

Para sustentar su decisión se remitió a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, señalando que desde el 09 de septiembre de 2008 la Corporación precisó que para que estos traslados de régimen pensional sean eficaces y surtan efectos jurídicos requieren, adicionalmente a la firma del formulario, que el afiliado esté suficientemente informado de las consecuencias jurídicas de dicho acto, destacando que es responsabilidad de las administradoras de pensiones cumplir con las obligaciones consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 con diligencia prudencia y pericia y atendiendo lo normado en el artículo 1603 del Código Civil. Aseveró, siguiendo a la Corte, que la información al afiliado debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, atendiendo la asimetría que existe entre una administradora profesional en la materia y un afiliado lego.

Analizando las pruebas allegadas al expediente, concluyó el fallador que no se acreditó por parte de la demandada PORVENIR S.A. que hubiere brindado al demandante la información necesaria previa al traslado. No se le puso de presente al señor NARVÁEZ AVILÉS cual era la consecuencia económica de su decisión, es decir, cuál sería el valor de la mesada pensional que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual, ya que conforme a la liquidación realizada por PORVENIR S.A., la tasa de reemplazo sería del 22,52%, contando el afiliado con más de 1300 semanas de cotización, arrojando una mesada de \$1.863.100, mientras que con la misma densidad de cotizaciones y el IBL la mesada pensional en el Régimen de Prima Media sería de \$6.634.454, siendo la tasa de reemplazo del 58.20%.

Citando la sentencia del 03 de abril de 2019 radicación 68852, resaltó que no es medio de prueba suficiente para acreditar la debida información la firma del formulario y que tampoco es indispensable para la prosperidad de las pretensiones que el trabajador tenga el beneficio del régimen de transición, agregando que debe probarse por la entidad de seguridad social que el afiliado recibió la información suficiente previo al traslado.

Tras verificar que la única prueba allegada por la demandada para acreditar la información brindada al afiliado fue el formulario suscrito por el demandante, siguiendo la consolidada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, concluyó

que era procedente acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la ineficacia del traslado, precisando que en tales casos no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto un acto ineficaz no nace a la vida jurídica y, por tanto, no tiene término de prescripción.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Formuló recurso de apelación citando la sentencia C-651 de 1997 donde dijo la Corte que la obediencia del derecho no puede dejarse a la voluntad de cada uno, pues, si así fuera, prevalecería la anarquía ante la aplicación de las normas. Con fundamento en tales anotaciones, precisó que la decisión adoptada en primera instancia genera inseguridad jurídica por cuanto el demandante tuvo la posibilidad de informarse sobre los efectos de su traslado, correspondiéndole al actor la carga de la prueba, pues, a quien alega el error en el consentimiento por falta de información, le corresponde probarlo. Señaló que PORVENIR S.A. cumplió con la carga que le competía, atendiendo los postulados de la Ley 100 de 1993, quedando prueba escrita de la información que le brindó al afiliado, quien, además de manifestar su voluntad tuvo la posibilidad de retractarse y no lo hizo, de tal suerte que era consciente de lo que estaba suscribiendo y por ello permaneció 19 años en el Régimen de Ahorro Individual.

COLPENSIONES

Acudió al contenido de las sentencias C-789 de 2002, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, conforme a las cuales para que una persona pueda regresar al Régimen de Prima Media debe verse afectado en el régimen de transición, resaltado que el actor no está cobijado por este beneficio y, por consiguiente, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

Con fundamento en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral adujo que si se alega una nulidad por vicios del consentimiento se debe ir por la vía civil y que, conforme al artículo 1750 del Código Civil, el plazo es de cuatro (4) años. Ahora – continuó- si lo que se alega es una controversia de seguridad social se debe remitir a dicha normativa, caso en el cual la prescripción es de tres (3) años.



Señaló que, en caso de ser conformada la sentencia favorable al demandante, el Tribunal debe ordenar el reintegro de los gastos de administración a favor de COLPENSIONES.

5. ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

En auto del 17 de junio de 2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al artículo 15 del Decreto Legislativo 806-2020.

COLPENSIONES

Adujo que la decisión de primer grado estuvo errada en la medida que era el actor quien debía probar la mala fe, vicios de consentimiento o falta de información alegada, de conformidad con el art. 165 del CGP (regla general), que por analogía se aplica a materia laboral, carga que, en su criterio no cumplió, como quedo demostrar en el transcurso del proceso.

Precisó que el juzgado desplegó una mala técnica probatoria, toda vez que este medio de prueba debe quedar establecido a petición de parte o de oficio en la fijación del litigio, a fin de dotarle a la parte demanda la oportunidad de defender en procura del principio constitucional al debido proceso y de contradicción.

Aunado lo anterior –prosiguió- la distribución de la carga probatoria en procesos de ineficacia del traslado del régimen de fondos de pensión lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en una línea pacífica bajo lo presupuestado en el artículo 1604 del CC.

Tras precisar que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el actor omitió su obligación de informarse en debida forma previo a realizar el traslado de régimen, anotó que en este momento el traslado al Régimen de Prima Media no es posible por la prohibición legal expresa establecida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, puesto que el afiliado solo tenía la oportunidad para realizarlo cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión y al no hacer parte del régimen de transición no le aplica normatividad diferente.

DEMANDANTE

Tras hacer una transcripción del resuelve del fallo de primer grado, reiteró la parte actora que PORVENIR S.A. no suministró al afiliado una información completa y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, omitiendo ilustrarlo sobre lo relacionado sobre el capital que debía tener en su cuenta individual para obtener la prestación, la fecha de redención del bono pensional y la disminución de su valor si se redimiera antes de la edad establecida. Adujo que tampoco recibió una proyección de su mesada pensional y que fue engañado con el argumento de la presunta liquidación del otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- ISS.

Citando la sentencia SL-1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral, recalcó la obligación que han tenido desde su inicio las administradoras de fondos de pensiones de ofrecer una información completa y comprensible a los afiliados, dada la asimetría que se presenta entre la entidad experta y el afiliado lego en materias de alta complejidad, concluyendo que el acto de traslado de régimen debe estar precedido de una ilustración suficiente sobre las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos de apelación formulados por las entidades de seguridad social demandadas, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si incurrió en error el juez de primer grado al concluir que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante de Prima Media con Prestación Definida a Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz.

6.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Las reglas desarrolladas en la Ley 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los afiliados de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las prestaciones económicas establecidas en la ley ante la concreción del riesgo y la progresividad de cobertura a los segmentos menos favorecidos.

Las características, finalidades y objetivos de la Seguridad Social, tienen amplia incidencia en la garantía fundamental de todos los ciudadanos a una vida digna. Una de tales peculiaridades es la elección libre y voluntaria por parte de los afiliados tanto del régimen pensional, como de la entidad que administra los respectivos fondos. El marco tuitivo de esta garantía se desprende del art. 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”*.

Efectuado el estudio del marco jurídico aplicable al *sub exámine*, procede la Sala al estudio del problema jurídico planteado, esto es, a verificar si se encuentra viciado el acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2000, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por haber faltado las entidades a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019¹, 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”*.

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1452-2019, radicación 68852. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Ahora bien, en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicios en el consentimiento y la carga de la prueba en dicha materia, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017², 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”*.

En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno destacar lo dicho por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 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”*³.

En el caso concreto, el señor JESÚS ANTONIO NARVÁEZ AVILÉS alegó que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindarle información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, limitándose a informarle solamente los aspectos positivos del Régimen de Ahorro Individual sin hacerle ver las incidencias que dicho traslado tendería posteriormente en la mengua de su mesada pensional. Por su parte, PORVENIR S.A. señaló que el accionante fue debidamente informado por los asesores de la administradora y que, por tanto, el actor hizo una manifestación de voluntad debidamente informada, tal como se observa en el formulario de afiliación y/o traslado.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL19447-2017. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989. M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.



Revisando el recaudo probatorio se observa a folios 35 a 37 y 106 a 109 que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por COLPENSIONES desde agosto de 1978 hasta octubre de 1999 donde cotizó un total de 267 semanas. La misma información se constata a folio 41, en la Historia Laboral Consolidada emitida por PORVENIR S.A.

Ahora bien, habiendo el actor estado afiliado al Sistema Pensional en el Régimen de Prima Media hasta 1999, efectuó traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora PORVENIR S.A., a partir del 31 de agosto de 2000, así se evidencia en el formulario denominado “SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO”, obrante a folios 13 y 22. En la parte inferior dicho documento contiene varias anotaciones que al ser suscritas por el afiliado, pretender hacer las veces de su manifestación de voluntad. Una de ellas indica lo siguiente:

“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD”.

Una vez suscrito dicho formulario de traslado, los aportes pensionales del demandante se sufragaron en el Régimen de Ahorro Individual a través de PORVENIR S.A. desde el mes de septiembre de 2000 hasta el mes de febrero de 2018, como lo demuestra la Historia Laboral emitida por PORVENIR S.A., a folios 43 a 49.

Es claro, conforme a lo expuesto, que el demandante estuvo inicialmente afiliado al Régimen de Prima Media y que se trasladó en el año 2000 al Régimen de Ahorro Individual, para lo cual debió haber sido debidamente informado por la administradora de fondos de pensiones de todas las consecuencias e implicaciones de su decisión, asegurándose que el afiliado comprendió todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, atendiendo la asimetría que existe entre una administradora especialista en la materia y un afiliado lego en el tema.

Siguiendo el decantado criterio de la Sala de Casación Laboral, esta inexcusable obligación de la administradora de fondos pensionales no puede entenderse cumplida

con el párrafo preimpreso contenido en la parte inferior de la solicitud de traslado. No resulta admisible sostener que la debida asesoría y el deber de buen consejo se garantizó al afiliado con la suscripción de un formulario de traslado que en letras menudas dejó expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones. En la sentencia SL1688-2019, la Corporación precisó lo siguiente:

“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”.

Del mismo modo, en la sentencia SL19447-2017, antes citada, la Sala explicó:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba 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 del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”. (Subraya la Sala).

Del escrutinio del elenco probatorio no se avizora que la AFP cuestionada, haya cumplido con la obligación de suministrarle al promotor del proceso la información

clara, comprensible y suficiente que le permitiera comprender las secuelas de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información. Esta carga probatoria, contrario a lo referido por el apoderado de PORVENIR S.A., claramente gravitaba en cabeza de la administradora, pues, si el demandante hace una negación indefinida sobre la ausencia de información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Ciertamente, PORVENIR S.A. sostiene en la apelación que era carga del demandante probar la presunta falta de consentimiento. En la citada sentencia SL1452-2019 la Sala de Casación Laboral señaló al respecto:

“(…) 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 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”.

Bajo esta línea argumentativa necesario es concluir que la demandada no cumplió con la carga de probar que la información brindada por sus asesores al demandante, estuvo orientada a que este manifestara un consentimiento informado. No es posible inferir del formulario de traslado ni de ningún otro medio probatorio de los allegados al proceso que al actor se le suministró el conocimiento necesario sobre las modalidades pensionales, características del régimen, condiciones de acceso, beneficios,

consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro.

Conforme a lo anterior, desacertados resultan los argumentos del fondo de pensiones al esgrimir que no se probó de manera concreta en qué consistió el engaño al demandante, pues la razón que determina la ineficacia del traslado no es como tal la corroboración de la falsedad en la información, sino la carencia de prueba sobre una asesoría completa, como desde esa época debía brindarse, respecto de las repercusiones del cambio de régimen pensional. En respaldo de lo anterior, y teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. manifestó que para la fecha en que ocurrieron los hechos los fondos no tenían los deberes de información y constancia de asesoría que hoy se les exige, conforme a los precedentes jurisprudenciales reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información certera al afiliado.

Para ejemplificar, viene oportuno memorar la sentencia SL1688-2019, donde se sostuvo de manera enfática que:

“[...] 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. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido⁴.”

En este sentido, atendiendo lo ya explicado frente a que el formato de afiliación y que la manifestación de asentimiento que en él se hace no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información ni permite conocer cuáles fueron las ilustraciones que se le impartieron al afiliado previo a cambiarse de régimen pensional, no resultan prósperos los argumentos de la alzada de PORVENIR S.A.

En lo que atañe al recurso de COLPENSIONES tampoco sale avante, pues, como ya lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, para efectos de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en eventos como el que convoca la atención de la Sala, no es necesario que el afiliado haya visto afectada la garantía del régimen de transición. En la pluricitada sentencia SL 1452 de 2019, dijo la Corte:

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-1688-2019, radicación 68838 del 08 de mayo de 2019. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

“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”. (Subraya la Sala).

En cuanto a los argumentos tendientes a derruir la pretensión por la hipotética estructuración del fenómeno prescriptivo, se debe memorar, que dado el contenido *iusfundamental* de los derechos de la seguridad social, en especial las pensiones en su generalidad, se impone al interprete el deber de emplear criterios de equidad para considerarlos como imprescriptibles. Tal línea tuitiva consulta el contenido del artículo 48 de la Constitución Política, que le otorga el carácter de irrenunciables, por lo que el simple paso del tiempo no es suficiente para opacar su abierta discusión ante la jurisdicción.

De esta manera, la jurisprudencia ha enseñado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, siempre podrán ser discutidos ante el Juez de trabajo⁵. Entonces, la razón no acompaña a la censura de COLPENSIONES.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL6154-2015, SL8544-2016, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019.

Tampoco puede sostenerse la aplicación de las normas que gobiernan los ritos civiles en el fenómeno comentado, ya que la jurisprudencia reciente tiene decantado que en casos como los que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, pues, de conformidad con el artículo 1º del CPT y SS, 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, ha de concluirse, sin ambages, 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 2 del mismo compendio normativo. Luego, entonces, debe indicarse que a pesar de que se pretenda la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con el tema de la seguridad social por lo que, el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, conviene anotar que en cuanto a la imposibilidad jurídica del traslado de régimen teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 (imposibilidad de traslado cuando faltes 10 años o menos para la edad de pensión de vejez), al resultar ineficaz el contrato de afiliación suscrito por JESÚS ANTONIO NARVÁEZ AVILÉS y PORVENIR S.A., la consecuencia de la pérdida de eficacia del negocio jurídico es la de retrotraer las cosas al momento anterior de la celebración del contrato como si este nunca hubiere existido. Siendo así, en momento alguno el juez de primera instancia contrario el precepto legal anotado.

Finalmente, en lo que respecta a la manifestación del apoderado de COLPENSIONES referente al reintegro de los gastos de administración por parte de PORVENIS S.A. a Colpensiones, debe anotarse que la misma es procedente, pues, tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral que:

«(...) en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde



el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)⁶ (Subraya la Sala).

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se confirmará en su integridad la sentencia objeto de apelación y consulta.

7. COSTAS

Vistas las resultas del proceso y atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., aplicable a asuntos laborales en virtud de la remisión expresa del artículo 145 del C.P.T. y S.S., se impondrá condena en costas a PORVENIR S.A.

Sin Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dado que el grado jurisdiccional de consulta se surtió en su favor.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida, conforme a lo motivado.

SEGUNDO. - MODIFICAR el numeral SEGUNDO del fallo bajo el entendido que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. debe trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, no solamente la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sino también los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO. – CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. a favor del actor, conforme a lo expuesto.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 09 de octubre de 2019. M.P: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



Sent. M.P. Edgar Robles Ramírez.- Rad. 41001310500120190009701

NOTIFÍQUESE


ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA
(Con impedimento)


LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Firmado Por:

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

Luz Dary Ortega Ortiz
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:
e5bec9d36f47a923372c5571a2047bdecf7cd5d36a60d9af5226fd519c22f476
Documento generado en 19/08/2021 11:51:36 a. m.