



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL
M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA
Demandado: COLFONDOS y COLPENSIONES
Radicación: 41001310500320180043501
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 23 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, los resultados 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 Constitucional¹ 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 permeare 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 13 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

Mediante escrito presentado a la jurisdicción el 27 de julio de 2018, 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad del señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA a la (SIC) COLFONDOS S.A.*”

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-496 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.



PENSIONES Y CESANTÍAS, es NULA O INEFICAZ, por haber existido error en el consentimiento –engaño, 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 actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES. Que se declare que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se ordene la reliquidación de su mesada pensional.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. por no haberse brindado la información suficiente, clara y comprensible al afiliado y declarar que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disponiendo su “reintegro automático” al Régimen de Prima Media, con la restitución de la totalidad de los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación. Y, finalmente, se ordene la reliquidación de la mesada pensional.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones precisó que nació el 28 de enero de 1953, contando con 65 años a la fecha de presentación de la demanda.

Que inició su vida laboral en enero de 1972, realizando cotizaciones pensionales al Instituto de Seguros Sociales – ISS y contando con 41 años de edad y 1103 semanas cotizadas para el 01 de abril de 1994.

Que en el mes de marzo de 1998 el señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA fue abordado por los asesores de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., quienes le ofrecieron su portafolio de servicios y le hablaron de las ventajas de trasladarse de régimen pensional, brindándole una información exigua, engañosa y poco diáfana, conduciéndolo a autorizar su traslado al Régimen de Ahorro Individual sin ser consciente de las implicaciones que ello tendría en el futuro en su prestación pensional.

Que el 09 de diciembre de 2015, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. reconoció al demandante la pensión de vejez por un valor de \$1.336.011, contando el afiliado con un capital en su cuenta individual de \$339.949.740.



Que el 27 de febrero de 2018, a través de apoderado, solicitó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 13 de marzo de la misma anualidad y ante la Superintendencia Financiera de Colombia, sin obtener resultados positivos.

Que la mesada pensional que actualmente percibe de la entidad demandada asciende a un monto de \$1.440.624, mientras que en el Régimen de Prima Media la mesada le quedaría en \$2.132. 400, lo que demuestra que no se le brindó información veraz, real y oportuna previo al traslado.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Replicó la demanda aceptando parcialmente los hechos, específicamente los referidos a la edad del actor, el traslado al Régimen de Ahorro Individual y su actual calidad de pensionado. Sobre los referentes a los aportes realizados en el Régimen de Prima Media, manifestó estarse a lo que resultare probado y los alusivos a la incompleta y exigua información previa al traslado, los negó.

En cuanto a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestó su oposición precisando que el actor suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin presiones de ninguna índole y sin hacer ejercicio del derecho de retractación que lo amparaba, conforme a lo establecido en el Decreto 1161 de 1994.

Precisó que el demandante está inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, conforme al cual no es posible realizar traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le faltaren menos de diez (10) años para cumplir la edad para pensionarse, agregando que el señor JOVEL CANDIA, tampoco cumple con los presupuestos establecidos en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, T-168 de 2009, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, conforme a las cuales el retorno al Régimen de Prima Media solo está permitido para quienes al 1 de abril de 1994 tuvieran 15 años de servicios.



En este evento, según indicó, no se vislumbra la presencia de vicios del consentimiento, comoquiera que en atención al artículo 1509 del Código Civil “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”, ello aunado a que por parte de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se le brindó al afiliado la información necesaria respecto al traslado, además de tener diversos canales para obtener ilustración al respecto, tales como la página web, asesoría virtual, líneas telefónicas, entre otros.

Como argumento adicional, refirió que en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción, ya sea conforme a lo establecido en el Código Civil o la normativa laboral, anotando, como punto final, que la situación pensional del actor ya se encuentra consolidada, al estar recibiendo la prestación desde el 09 de noviembre de 2015.

Como excepciones de mérito formuló las que denominó “PRESCRIPCIÓN”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO”, “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA”, “COMPENSACIÓN”, MALA (SIC) DEL DEMANDANTE”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA-DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS COMO MESADAS PENSIONALES” e “INNOMINADA O GENÉRICA”.

COLPENSIONES

Aceptó los hechos referentes a la edad y la historia laboral del demandante en el Régimen de Prima Media y se abstuvo de pronunciarse sobre los no referentes a COLPENSIONES por no constarle.

Manifestó oposición a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos comoquiera que el traslado de régimen pensional fue realizado por el demandante de manera voluntaria y no está dentro de las causales de nulidad. Como fundamentos de derecho hizo algunas anotaciones sobre el régimen de transición con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resaltando el contenido de la C-789 de 2002, la SU-062 de 2010, y la T-818 de 2007.

Como excepciones de fondo formuló las que nominó “INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE DE LA DEMANDADA”, “PRESUNCIÓN DE



LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”, “APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES”, y “DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”.

3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. formuló demanda de reconvencción en contra del señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA, pretendiendo obtener la devolución de los valores pagados al actor a título de mesadas pensionales desde el mes de diciembre de 2015, en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda principal.

Corrido el correspondiente traslado, el señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA replicó la demanda de reconvencción oponiéndose a las pretensiones, manifestando que actuó de buena fe y que, en consecuencia, no está obligado a devolver lo pagado citando, para el efecto, la sentencia con radicación 31989 del 09 de septiembre de 2008 de la Sala de Casación Laboral.

Adujo que, en todo caso, la mesada que le correspondería en el Régimen de Prima Media supera ampliamente la devengada en el Régimen de Ahorro Individual. Como excepciones de fondo formuló las siguientes: “COMPENSACIÓN” y “BUENA FE DEL SEÑOR JAIRO JOVEL CANDIA AL ADQUIRIR LA PENSIÓN POR PARTE DE COLFONDOS S.A.”.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite de la primera instancia, la jueza *a quo* le puso fin con sentencia del 13 de noviembre de 2019, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el traslado de JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Ordenó a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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, autorizándola para requerir al demandante en caso de requerirse completar los aportes, haciendo el correspondiente cálculo de renta para recuperar la transición. Denegó las pretensiones de la demanda de reconvencción y declaró no probadas las excepciones formuladas por las entidades de seguridad social, y probadas las formuladas por el actor contra la demanda de reconvencción.



Para sustentar su decisión la falladora precisó que, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral, y atendiendo los postulados del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literales b) y e), era procedente despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, habida consideración que aunque el demandante suscribió el formulario de traslado y con ello autorizó su paso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dicha migración no surtió efectos debido a que el afiliado no recibió la información suficiente para emitir un consentimiento informado.

En criterio del despacho, la administradora de fondos de pensiones demandada no cumplió con la carga probatoria de demostrar que le brindó al actor la información suficiente, clara y precisa respecto de las ventajas y desventajas del cambio de régimen, demostrando sí el demandante, el grave perjuicio que sufriría en caso de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual por estar demostrado que es beneficiario del régimen de transición al contar con más de 21 años de servicios al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, teniendo derecho, según lo decantado por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, de regresarse al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo y seguir beneficiándose de la transición.

Señaló que, para obtener el pago de la pensión en el Régimen de Prima Media, si fuere necesario suplir una eventual diferencia, COLPENSIONES deberá efectuar el cálculo de renta para recuperar transición y no imponer requisitos adicionales al afiliado para recuperar el beneficio, agregando que solo en el evento de existir alguna diferencia se hará el correspondiente requerimiento para que el actor complete lo que faltare para la equivalencia de los aportes.

Aseveró la jueza que con el solo hecho de tener el actor el derecho a recuperar el régimen de transición ya es suficiente para ordenar su retorno al Régimen de Prima Media, pero que, dado que existe la solicitud de ineficacia del traslado, debía realizarse el estudio pertinente, concluyendo, con fundamento en la sentencia SL4360 de 2019, de la Sala de Casación Laboral que, en el caso del señor JOVEL CANDIA, el acto jurídico de traslado no surtió efectos al evidenciarse trasgresión del deber de información por parte de la administradora de fondos pensionales, dado que esta no demostró haber brindado al demandante ilustración completa y suficiente sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes.



Clarificó que, de conformidad con las sentencias SL1688 de 2019, SL1689 de 2019 y SL 3464 de 2019, la sanción para la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, caso en el cual el acto fue existente y válido, pero queda privado de sus efectos por disposición expresa del legislador. En otras palabras, hay una alteración de los resultados finales de la figura sin afectar su validez.

Conforme a lo anterior, consideró viable acceder a las pretensiones de la demanda, habilitando al actor para retornar al Régimen de Prima Media, ordenando COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hacer el correspondiente traslado de los dineros y a COLPENSIONES aceptar el retorno del afiliado, dejando a su cargo la realización del cálculo de renta correspondiente para establecer si el actor debe completar los aportes para el reconocimiento de la prestación pensional en Prima Media.

En lo atinente a la demanda de reconvención, denegó las pretensiones tras considerar que el demandante no está obligado a reintegrar los valores de lo que ha recibido por concepto de mesada pensional comoquiera que se trata de dineros que le pertenecen al afiliado y que están depositados en su cuenta individual.

En cuanto a la prescripción, citando la sentencia SL1688 - 2019 de la Sala de Casación Laboral, la declaró no probada ya que sobre hechos o estados jurídicos no es posible imponer este fenómeno extintivo, porque los hechos y los estados jurídicos, como el de afiliado, son imprescriptibles, de tal suerte que la ineficacia del traslado se puede solicitar en cualquier tiempo.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Recurrió el fallo de primer grado manifestando que el demandante ya ostenta la calidad de pensionado y no de afiliado y que, en razón a ello debe atenderse lo consagrado en los artículos 13 literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993 que diferencian ambas condiciones. Solicitó tener en cuenta la tesis del hecho superado, atendiendo que el actor contó con tiempo suficiente para realizar el cambio de régimen, planteando la ineficacia del traslado cuando ya habida consolidado su calidad de pensionado. Señaló que COLPENSIONES ha sido un tercero de buena fe ajeno a los negocios jurídicos celebrados entre el accionante y



COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y, por tanto, no debe ser condenada en costas, ya que solo ha ejercido el derecho a la defensa.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Fundamentó su alzada en el hecho de que el demandante suscribió el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y voluntaria y que el actor tampoco hizo uso del derecho de retracto consagrado en el Decreto 1161 de 1994. Adujo que para poder retornar al Régimen de Prima Media se requiere cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C-789 de 2002, 1024 de 2004, T- 168 de 2009 y SU-130 de 2013, conforme a las cuales una persona puede regresar a Prima Media en cualquier tiempo solamente cuando al 01 de abril de 1994 tuvieren 15 años o más de aportes al sistema, lo cual no se acredita en el caso del señor JOVEL CANDIA. Del mismo modo, resaltó que al demandante ya le fue reconocida la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, por lo cual ya es beneficiario del Régimen de Ahorro Individual desde el mes de diciembre de 2015, no siendo posible acceder a las pretensiones.

6. 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 de 2020.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS

En la oportunidad para presentar alegaciones, la demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, esgrimiendo que el actor suscribió, de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación, sin presentar reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen.

Por otro lado, iteró que el demandante está sujeto a la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por el cual se prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el



caso del demandante, quien a la fecha de la presentación de la demanda contaba con la edad dentro de la cual se le prohíbe el traslado de régimen pensional.

Resaltó que, para poder retornar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, el demandante debía cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, T-168 de 2009, SU-062 de 2010 y la más reciente SU-130 de 2013, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones.

Indicó que no es posible declarar la nulidad de la afiliación del demandante al fondo, por cuanto el consentimiento del actor no se vio afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho, porque claramente señala el Artículo 1509 del Código Civil que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Finalmente, insistió en que en este asunto operó la prescripción, teniendo en cuenta que, conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, “El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato”. Y si se toma en cuenta la normativa laboral también se ha superado con creces el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS.

DEMANDANTE

Reiteró la parte actora que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

COLPENSIONES

Señaló que en la primera instancia quedó acreditado que la AFP COLFONDOS S.A, le reconoció la pensión de vejez al señor JAIRO CESAR JOVEL CANDIA, desde el 09 de diciembre del año 2015, lo que significa que el demandante goza de la calidad de pensionado, circunstancia que impide reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión, entre otras porque ello implicaría reversar, todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, ya que ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

Citando la sentencia SL373-2021 radicación No. 84475 de febrero 10 de 2021, precisó que la Sala de Casación Laboral ha sostenido que, por regla general, cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), pero que no ocurre lo mismo cuando se tiene la calidad de pensionado, puesto que es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. Agregó que en estos eventos no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

7. CONSIDERACIONES

7.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos de apelación formulados por las entidades de seguridad social demandadas y el grado jurisdiccional de consulta que debe surtir en favor de COLPENSIONES, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si incurrió en error la jueza de primer grado al concluir que el actor cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales para retornar en cualquier tiempo al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante de este régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad, es ineficaz.

7.2. 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 (Decreto 663 de 1993) 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”*. En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos de la norma en mención, hace referencia *“a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado”*.

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 SL1452-2019², 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”*.

En cuanto a la transparencia que debe caracterizar la información brindada al afiliado, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, “los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios”. Según esta Sala, “la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro” (CSJ SL1452-2019).

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 2017³, decantó que *“existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en*

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1452-2019, radicación 68852. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL19447-2017. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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 lo atinente a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, 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”*⁴.

En el caso concreto, el señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA alegó que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

Revisando el recaudo probatorio se observa a folios 49 a 57 el “REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES” expedido por COLPENSIONES, que demuestra que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la referida entidad, desde enero de 1972 hasta mayo de 1996, donde cotizó un total de 1142,86 semanas. La misma información se constata a folio 56 a 60, en el “REPORTE DE DÍAS ACREDITADOS” emitido por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989. M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

Ahora bien, habiendo el actor estado afiliado al Sistema Pensional en el Régimen de Prima Media, efectuó traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a partir del mes de mayo de 1998, así se evidencia en el formulario denominado “SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES OBLIGATORIAS”, obrante a folios 27 y 163. En la parte inferior dicho documento contiene varias anotaciones que, al ser suscritas por el afiliado, pretenden hacer las veces de su manifestación de voluntad. Una de ellas indica lo siguiente:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES.

MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS”.

Una vez suscrito dicho formulario de traslado, los aportes pensionales del demandante se sufragaron en el Régimen de Ahorro Individual, a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., desde el mes de abril de 1998, como lo demuestra la Historia Laboral emitida por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fl. 59).

Es claro, conforme a lo expuesto, que el demandante estuvo inicialmente afiliado al Régimen de Prima Media y que se trasladó en el año 1998 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 comprendiera 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 del deber de información. Esta carga probatoria, contrario a lo referido por el apoderado de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

Sobre el tema de la carga probatoria en eventos como el, 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 quien está en posición de hacerlo. (...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado 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. Conforme a los precedentes jurisprudenciales reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información certera al afiliado.

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 existido⁵.”

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 expuestos en este sentido por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en su alzada.

Tampoco salen avante los argumentos referentes a que el actor no cumple con los presupuestos señalados en las sentencias C-789 de 2002, 1024 de 2004, T- 168 de 2009 y SU-130 de 2013, pues, como se evidencia en el “REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES”, visible a folios 49 a 53, para el 01 de abril de 1994, el accionante contaba con más de 1140 semanas cotizadas entre enero de 1972 y marzo de 1994, es decir, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA contaba con más de 20 años de servicios y cotizaciones al Sistema, de tal suerte que tenía el beneficio del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, si así no fuera, como ya lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, para efectos de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en

⁵ 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.

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:

“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 trabajo⁶. Entonces, la razón no acompaña a la censura de COLPENSIONES.

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), en caso de resultar ineficaz el contrato de afiliación suscrito por JULIO CÉSAR JOVEL CANDIA y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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.

Por otra parte, conforme a lo anotado líneas atrás, la prueba demuestra que el actor era beneficiario del régimen de transición, pues, como ya se dijo, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de mil semanas cotizadas lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, le otorgaría la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL6154-2015, SL8544-2016, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019.

Ciertamente, en la sentencia C-789 de 2002, al analizar la constitucionalidad del inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte, tras establecer que el régimen de transición es una expectativa legítima y no un derecho adquirido y que para estas no opera la prohibición de renuncia a beneficios mínimos, declaró la exequibilidad de la norma *“en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”*.

En Sentencia 1024 de 2004, al analizar la exequibilidad del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para establecer que los afiliados no podrán trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, la Corte Constitucional la halló acorde a la constitución, exclusivamente por el cargo analizado, *“bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”*.

Del mismo modo, en sentencia SU-130 de 2013, precisó la Corte que *“Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. En estos términos, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, pero en el caso de los beneficiarios del*

régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán necesariamente cumplir los requisitos previstos en el Ley 100/93 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable”.

Si se toma en cuenta lo hasta aquí discurrido se podría concluir que en ningún error incurrió la jueza al dar prosperidad a las pretensiones, pues, de un lado la demandada no logró acreditar la debida asesoría al afiliado al momento del traslado, lo que daría lugar a la ineficacia del negocio jurídico y, de otro, quedó demostrado que el demandante adquirió el régimen de transición en virtud del tiempo de servicios lo que, en principio, le permitiría retornar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo.

No obstante, en este caso concurre un elemento fáctico preponderante que fue advertido por las entidades recurrentes en la alzada y no puede perderse de vista al resolver el litigio y es que el señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA ya consolidó su estatus de pensionado desde el año 2015 en el Régimen de Ahorro Individual. Tanto el demandante como COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. dejaron sentado en la demanda y su contestación, respectivamente, que el actor se encuentra recibiendo la pensión de vejez desde el mes de diciembre de 2015 y así se desprende del escrito del 09 de diciembre de 2015, dirigido al señor JAIRO CÉSAR JOVEL CANDIA por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. informándole el reconocimiento de su prestación pensional (fl. 45 -45, 174-176), la oferta de retiro programado (fl. 218, 219), el comprobante de pago de nómina de pensionado del 01 de septiembre de 2016 (fl.179), la comunicación del 06 de mayo de 2016 (fl. 182-184), entre otras.

Siendo así las cosas, no es posible acceder a las pretensiones del actor porque, como lo tiene decantado la jurisprudencia, el estatus de pensionado, en este evento, es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer. En sentencia SL 373-2021, la Corte señaló:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del

régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un

déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad. Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado⁷. (Subraya la Sala).

Conforme a lo anterior, es claro que en este evento no es posible dejar sin efectos el traslado de régimen efectuado por el demandante y no es procedente disponer su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al estar consolidada su

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL373-2021 Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

situación pensional, deviniendo afirmativa la respuesta al problema jurídico planteado. Por lo tanto, la Sala revocará en su integridad la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegará las súplicas de la demanda, declarando prósperas las excepciones denominadas “*INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN*”, formulada por COLPENSIONES y “*FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS*” propuesta por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin que sea necesario pronunciarse sobre las demás, a tono con lo previsto en el inciso 3° del artículo 282 del CGP.

Al no prosperar las pretensiones de la demanda principal, deviene innecesario hacer pronunciamiento alguno sobre la demanda de reconvención formulada por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en tanto la misma se dirigió a obtener el reintegro de los valores pagados al señor JOVEL CANDIA por concepto de mesadas pensionales, en caso de prosperar la pretensión de ineficacia de traslado y su retorno al Régimen de Prima Media, lo cual no acaeció.

Como anotación final debe precisar la Sala que, como lo dice la Corte, la improsperidad de las pretensiones de retorno al Régimen de Prima Media no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda pretender la correspondiente reparación del perjuicio, pues, si la administradora de pensiones incumplió su deber de información y, por ello, causó daño al afiliado, este tiene derecho a demandar la indemnización.

En el presente pronunciamiento la Sala no hará ninguna consideración al respecto, dado que la pretensión del demandante se contrajo a solicitar la ineficacia de la afiliación y el regreso a Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por tanto, al no pretenderse la indemnización de perjuicios no le es dado a la Sala pronunciarse de oficio.

8. COSTAS

Vistas las resultas del proceso y atendiendo lo dispuesto en el numeral 4° del 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., al ser revocada en su integridad la sentencia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte actora en favor de las demandadas.



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,

9. RESUELVE

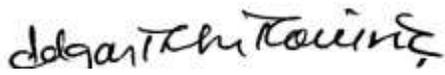
PRIMERO. – REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda principal.

SEGUNDO. – DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “*INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN*”, formulada por COLPENSIONES y “*FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS*” propuesta por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin que sea necesario pronunciarse sobre las demás, a tono con lo previsto en el inciso 3° del artículo 282 del CGP.

TERCERO. – ABSTENERSE de pronunciarse sobre la demanda de reconvención, según lo expuesto.

CUARTO. - CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante en favor de las demandadas.

NOTIFÍQUESE


ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

(Con impedimento)


LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Firmado Por:

Edgar Robles Ramirez



Sent. M.P. Edgar Robles Ramírez.- Rad. 41001310500320180043501

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:

de87a37029f07a4128a638a23dc5103bdeed3e329d84d7e3b4ef70d886ab4fb1

Documento generado en 19/08/2021 11:51:23 a. m.