

EDICTO

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

HACE SABER:

Que con fecha quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ ÉDGAR PERDOMO GARZÓN
Demandados: COLPENSIONES Y OTRO
Radicación: 41001310500120180052101

Resultado: PRIMERO. – ADICIONAR al ordinal segundo, de la sentencia proferida el 20-sep-2019 por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, pero por las razones expuestas en éste proveído.

TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy catorce (14) de enero de 2022.


CARLOS ALBERTO ROJAS TRUJILLO
Secretario

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

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ ÉDGAR PERDOMO GARZÓN.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.
Radicación: 41001310500120180052101
Asunto: RESUELVE APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Neiva, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 135 del 15 de diciembre de 2021

CUESTIÓN PREVIA – IMPEDIMENTO

La Magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA en providencia del 08-nov-2021 se declaró impedida para conocer del presente asunto, por concurrir la causal establecida en el art. 141 numeral 6° del CGP. 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 y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto la sentencia proferida el 20-sep-2019 por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA¹

Pretensiones: El actor solicitó que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. Como

¹ Fls. 02 a 20 del Cdo.Prncpal.

consecuencia de ello, pretendió que se condene a la AFP privada a retornar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta individual, y sus respectivos rendimientos financieros.

Hechos: Como fundamento de esos pedimentos, expuso que laboró para diversos empleadores desde el año de 1974, alcanzando su status pensional el 13-dic-2013. Que se trasladó en el mes de julio de 1995 desde Cajanal al RAIS mediante la afiliación realizada por Porvenir. Indicó que tenía más de 750 semanas de cotizaciones a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esgrimiendo conjuntamente la ineficacia del acto de afiliación. Relató que ha peticionado su retorno al Régimen de Prima Media (RPMPD), mediante solicitudes del 20-feb-2018 y 21-feb-2018, dirigidas a Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, pero que las mismas fueron denegadas por las mencionadas entidades de seguridad social.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.2.1. COLPENSIONES²: Contestó el libelo genitor del proceso, oponiéndose parcialmente a sus presupuestos fácticos. Las razones de su crítica se dirigen a cuestionar el incumplimiento de los requisitos legales del traslado, al esgrimir que el promotor no acreditó 15 años o más de servicios a la entrada en vigencia de la L.100 de 1993, además de estar incurso en la prohibición contenida en el art. 2º de la L. 797 de 2003. De la misma forma, resaltó que el acto de afiliación al RAIS fue libre y voluntario, reconociendo éste las consecuencias del cambio de su régimen pensional. Como excepciones de fondo formuló : *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”*, *“PRESCRIPCIÓN”*, y *“DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”*

2.2.2. PORVENIR S.A.³ : De modo similar discrepó de las razones del demandante. Arguyó que el actor no acreditó al 01-abr-1994 los 15 años de cotizaciones, por lo que no era beneficiario del régimen de transición. Describió que en el acto de afiliación explicó al promotor las ventajas del RAIS, siguiendo los lineamientos de la L. 100 de 1993, pues éste expresó su consentimiento libre, espontaneo y sin presiones en el formulario de vinculación.

² Fls. 91 a 100 del Cdo.Princpal.

³ Fls. 119 a 152 del Cdo.Princpal.

Señaló que el promotor tuvo la oportunidad de retractarse del acto atacado dentro de los 5 días hábiles conforme al D. 1161 de 1994, o haberse trasladado de régimen antes de los 23 años del cumplimiento de los requisitos de la pensión, encarándole 19 años de pasividad en los que no alegó la presunta irregularidad en la afiliación al RAIS. Del mismo modo, resaltó que no se probó error, fuerza o dolo en el acto atacado por el demandante. En su defensa, propuso las excepciones que denominó: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MI REPRESENTADA, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN”*, y la genérica.

3. SENTENCIA APELADA

Agotado el trámite de la primera instancia, el *a quo* le puso fin con sentencia del 20-sep-2019, en donde accedió a las pretensiones del demandante.

Para arribar a tal conclusión, mencionó que los precedentes de este Tribunal y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, calificaban de ineficaz el traslado del régimen pensional que realizó el actor el 13-jun-1995 cuando firmó el formulario 00548635 (fl.33), ya que no se le brindó la suficiente información e ilustración para realizar el aludido negocio jurídico.

Consideró que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, adoctrinaban el deber de las AFP de informar a los afiliados sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, en pro de no quebrantar derechos pensionales, compromiso que se ha estimado desde la expedición de la L.100 de 1993 y D. 656 de 1994. En igual sentido, explicó que la jurisprudencia laboral ha fijado la inversión de la carga de la prueba a cargo de las demandadas, que se encamina a demostrar la información completa y suficiente, además del conocimiento del afiliado de todas las consecuencias del cambio de régimen pensional.

Entonces, para el juez laboral de instancia, la AFP criticada no cumplió con la carga de la prueba, ya que el simple formulario era insuficiente para definir que se le ofreció la información pertinente al actor.

En cuanto a la aplicación del régimen de transición, discurrió que el demandante acreditó los 15 años de cotizaciones conforme a los certificados del Ministerio de

Defensa, y certificado de Cajanal, los que conjuntamente determinaban 765 semanas de aportes por lo que era beneficiario del art. 36 de la L. 100 de 1993. En consecuencia, apreció que al promotor no se le expusieron los efectos del acto de afiliación, en concreto sobre la pérdida de su régimen de transición pensional que le era más favorable.

En ése contexto estimó procedente la declaratoria de ineficacia en el traslado del demandante, y que por tanto el mismo nunca existió. Desestimó la prescripción pretendida al tratarse de una situación que no admite el fenómeno extintivo en comento, acorde a la sentencia SL1688-2019, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

Las entidades de seguridad social vencidas en el juicio laboral reprocharon el fallo de primer grado. Para Porvenir S.A., ninguno de los hechos de la demanda expresó y pretendió la falta de claridad en el acto de traslado, o que hubiere sido ejecutado con atentado a los deberes de información. Por tanto, alude que la decisión de primer grado fue desacertada al decidir la ineficacia en la vinculación al RAIS. Al mismo tiempo, cuestionó el estudio del régimen de transición del actor, pues su razonamiento que el mismo no acreditó los requisitos del A.L 01 de 2005.

Colpensiones criticó el cumplimiento del régimen de transición para la procedencia de la ineficacia decretada. Según la censura, el demandante ignoró el art. 13 de la L. 100 de 1993, pues quebrantó el término legal para solicitar su traslado pensional, al igual que omitió las acciones de rescisión de contrato de la norma sustantiva civil, citando el art. 1750 del Código Civil, art. 488 del CST, y 151 CPTSS. A su vez, anotó que no le correspondía acreditar el cumplimiento del deber de información, atendiendo a que no participó en el negocio criticado y, a que todos sus actos estuvieron revestidos de buena fe.

4.1. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA PRESENTAR ALEGACIONES CONFORME A DECRETO 806 DE 2020.

En auto del 17-jun-2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al art. 15 del D.L. 806-2020; se rindieron conclusiones finales por los siguientes litigantes:

4.1.1. COLPENSIONES: Expone que en el caso de marras se pudo constatar la validez de la afiliación al RAIS, teniendo en cuenta la presunción de buena fe constitucional y la falta de traslado en tiempo como lo ordena la L. 797 de 2003. Adujo que para la fecha del traslado no existía deber alguno de asesoría al afiliado, por lo que le correspondía a la parte actora acreditar el engaño o vicio del consentimiento, aspecto que no realizó en apego a los arts. 164 y 167 del CGP.

A su vez, alegó una indebida interpretación del art. 1604 del Código Civil, pues debía tenerse en cuenta el deber de informarse del afiliado, y que su ignorancia no podía servir de excusa para omitir dicho imperativo. Con todo, solicitó que se ordenara la devolución de los gastos de administración y que no fuera condenada en costas.

4.1.2. JOSÉ ÉDGAR PERDOMO GARZÓN: Requirió la confirmación del proveído confutado. Para la parte no recurrente, el convocante acreditó todos los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición según los criterios de la Sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

En primer término, corresponde a la Sala determinar si el juez de primer grado desconoció el principio de la congruencia en la sentencia atacada. En segundo lugar, se determinará si se ajusta a derecho la decisión del juez de primer grado al concluir que el traslado de régimen pensional que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

5.2.1. CONGRUENCIA.

La acusación le endilga yerro a la sentencia recurrida, por no estar “*en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*”. El censor la califica de incongruente, porque leídos los hechos de la demanda, ninguno de ellos expresa la ineficacia declarada por el *a quo*, ni que se hubieran lesionado los deberes de información reseñados en la decisión de instancia.

El principio de congruencia encuentra cristalino desarrollo en el art. 281 del CGP, instituyendo la obligación del juzgador de estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, junto con las demás oportunidades que brinda el estadio procesal.

En el caso concreto, el vicio disonante de la sentencia en relación con la *causa petendi*, el censor lo hace derivar de la circunstancia de no haberse calificado en el libelo la violación a los deberes de información por parte de la AFP privada. Empero, como la falta de armonía en ese aspecto tiene cabida cuando, producto de una entelequia judicial, la sentencia termina transmutando los hechos sometidos a controversia, en otros distintos, claramente se advierte que al no haberse procedido de esa manera, la acusación en ese sentido resulta infundada.

En relación con la incongruencia respecto de lo decidido, concretamente sobre la ineficacia, el apoderado de Porvenir S.A. esgrimió que tal determinación no se fijó en el libelo introductor del proceso. Al aludido planteamiento no le asiste razón, pues éste Tribunal consultando la demanda determina que el actor pretendió tal declaración en el apartado 2.2.⁴. Ahora, también reprochó que el demandante no precisará la causa del defecto, específicamente el deber de información.

Según lo anterior, la demanda debió calificar expresamente el *factum* por la inobservancia a los deberes de información, como un requisito formal para vincularlo con los demás hechos presentados como fundamento de la pretensión, pues sin él estos en relación con aquél quedarían sin conexión alguna. En ese entendimiento tendría que concluirse que si el actor no identifica la anomalía en el acto de vinculación, la *causa petendi* quedaría desligada de cualquier referencia iluminante. Ello, desde luego, no puede ser de ese talante, porque fuera de no exigirlo la ley, la congruencia no obedece a un criterio sacramental o formalista, como parece entenderlo el recurrente, sino que son necesarios para garantizar el derecho del defensa a partir de su precisión o claridad, o al menos para permitir interpretar, en su contexto, su verdadero sentido y alcance. Precisamente, como en reciente pronunciamiento se dijo, “(...) *la demostración de la incongruencia no se puede limitar a un cotejo mecánico entre las pretensiones de la demanda y lo decidido por el juez, esto es, un simple juicio comparativo entre los escritos a que se refiere el mencionado art. 305 del CPC, como lo sugiere el recurrente, pues para tales efectos, también será preciso poner de presente la actividad que despliega el fallador en su*

⁴ Fl.3 del Cdo.Principal.

labor de juzgamiento para resolver el litigio mediante la interpretación o aplicación de la ley sustancial, según las apreciaciones probatorias del caso”⁵.

En ese sentido, no cabe duda que el ataque formulado resulta infundado, porque al leer dicha pieza procesal el actor se avino a tales directrices, así no hubiere sido en los términos sacramentales en que se pide. En efecto, en la pretensión 2.2. se dijo *“Como consecuencia de la anterior declaración, ordénese **LA INEFICACIA O ANULACIÓN DEL TRASLADO** del régimen de ahorro Individual administrado por **LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (...)”*.

En ese campo se movió también la parte demandada al contestar el libelo, cuando manifestó que *“(...) el demandante tiene como fundamento de la nulidad un presunto engaño o error en el consentimiento, por falta de información, de un acto de voluntad celebrado hace más de 23 años...”* o como lo dijo más adelante, *“Es así, que no existe nexo de casualidad entre lo que pretende el demandante en relación con lo hechos y pruebas, no siendo posible ahora que cualquier afiliado al sistema pretenda regresar RPM, solamente pretextando una supuesta nulidad por falta de información..”⁶*. Igualmente, al formular las excepciones de mérito se refirió a ese tema, al expresar, en su entender, que no pudo haber omitido dar la información necesaria al demandante.

Además, la ineficacia por la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional, es un concepto netamente jurídico al estar concebido en esos términos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuya determinación corresponde es a los juzgadores y no a las partes. De esta manera, su empleo o no por el demandante en el libelo, es irrelevante para establecer su idoneidad. De ahí se colige que el Juzgador de Conocimiento no incurrió en la incongruencia endilgada.

Por lo demás, resulta desleal el comportamiento procesal del recurrente en torno al objeto jurídico del proceso, pues además de no haber sufrido error de su parte en cuanto a la plena identificación del mismo, tal como arriba se puso de presente, lo relativo a la estructuración de la contienda guardó profundo silencio al fijar el litigio en el juez de conocimiento, si es que en detrimento de su legítimo derecho de defensa, alguna duda tenía.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1910-2019. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁶ FI.122 del Cdo.Principal.

5.2.2. INEFICACIA.

Las reglas desarrolladas en la L. 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los ciudadanos de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las pensiones, 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 administraría los respectivos fondos. El marco tuitivo de esa garantía se desprende del art. 13 de la L. 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 esta Sala a verificar si se encuentra afectado y por ende viciado el acto de afiliación, 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 L. 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2209-2021⁷, 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*

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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”.

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *“existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”⁸.*

En el caso concreto, la parte demandante, alega que PORVENIR S.A., omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues, no se demostró tal supuesto, la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que el actor suscribió formato de *“SOLICITUD DE VINCULACIÓN”* el día 13-jun-1995 con Porvenir S.A.–según documento incorporado en folio 33-, libelo con el cual se corrobora en principio la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la L. 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada y se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, últimamente en la sentencia SL2329-2021, quien al respecto ha sostenido que:

⁸ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.*

“Por lo demás, afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria» o «de manera libre, espontánea y sin presiones», como ciertamente se señala en el formulario de folio 27, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.”

Del elenco probatorio no se avizora que la AFP cuestionada, haya cumplido con la obligación de suministrarle al promotor la información que le permitiera comprender las secuelas de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del D. 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la sentencia SL2207-2021⁹, cuando precisó:

“(…) basta con reiterar lo expuesto en sede casaciones en cuanto a que (i) previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, (ii) el formulario de afiliación pre-impreso no demuestra que se cumplió con el deber de información, y (iii) es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde demostrar que ilustró al afiliado de manera veraz y certera..”

Entonces, no se probó que la información dada por la AFP censurada, al demandante, estuvo orientada por un consentimiento informado. Sin especulación no es posible inferir la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, que se hubiese manifestado en la directiva del actor de trasladarse al RAIS, ya que éste desconocía las modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro.

Pero en todo caso, ni siquiera la aceptación sobre la voluntariedad de su decisión, implica per sé la confesión sobre una asesoría completa y adecuada, ya que *“una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son*

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2207-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla”¹⁰.

Adicional a lo ya discurrido, se observa en los formularios o solicitudes de afiliación a la AFP cuestionada, que en ninguno de ellos se registra con claridad cuál fue la información suministrada. Nada se sabe respecto de la eventual capacitación completa respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de un enunciado pre determinado de voluntad de afiliación, que en momento alguno da cuenta del cumplimiento del deber de información y amparo del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

Sobre el particular, las entidades de seguridad social sostuvieron en sede de instancia que era carga del demandante probar la presunta falta de consentimiento. Olvidan que los precedentes pacíficos y reiterados repugnan tal censura. Recientemente en sentencia SL2208-2021, el máximo juez de trabajo recordó:

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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.

Por último, no es razonable invertir la carga de la prueba a la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL14846-2014. M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).”¹¹

Visto lo anterior, este Colegiado debe iterar que las AFP tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional. La carga en mención se le impone en forma legítima, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado. Por lo que a éste no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por ello, desaciertan los argumentos de las AFP al esgrimir que no se probó de manera concreta en qué consistió el engaño al demandante, pues la razón que determina la ineficacia en el 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 las AFP accionadas alegaron que para la fecha en que ocurrieron estos traslados no tenían los deberes de información y constancia de asesoría que hoy se les exige, en palabras de los precedentes reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado.

Así, verbi gratia en sentencia SL2209-2021 se sostiene de manera enfática que “[...] desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”¹²

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2208-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

En este sentido, debe advertirse que la interpretación realizada por el recurrente al art. 1604 del Código Civil, es equivocada. Lo impuesto a las entidades demandadas, en especial a Porvenir S.A., fue la de acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (CSJ SL1509-2021), lo cual no fue cumplido. El formato de afiliación y 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 capacitaciones y la información que permitió al afiliado cambiarse de régimen de manera objetiva, conduciendo al fracaso de las defensas planteadas por las demandadas.

En cuanto al fenómeno prescriptivo, la justicia laboral ha adoptado un criterio de equidad al interpretar derechos de la seguridad social, en especial las pensiones en su generalidad, contrario a lo sostenido por una de las entidades apelantes. El contenido fundamental de los preceptos en comentario ha impuesto que la justicia los catalogue como garantías imprescriptibles. Además, dicha interpretación consulta el contenido del art. 48 de la Constitución Política, que le otorga el carácter de derechos irrenunciables, por lo que el simple paso del tiempo no opacará su abierta discusión ante la jurisdicción.

De esta manera, la jurisprudencia ha desarrollado que aspectos como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, 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 trabajo**¹³. Entonces, la razón no acompaña al argumento de Colpensiones.

De igual forma, resulta poco ortodoxo la aplicación de las normas que gobiernan los ritos civiles en el fenómeno comentado. La jurisprudencia reciente tiene decantado que en casos como los que aquí se analizan, no operan los arts. 1905 y 1750 del Código Civil, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, *“los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código”*. Por ende, ha de concluirse, 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*

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL6154-2015, SL8544-2016, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019.

los afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras...” conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo. Entonces, debe indicarse, que a pesar de que se pretenda la ineficacia del traslado al RAIS, 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 Código Civil.

Ahora, no es procedente lo aseverado por la apelante en cuanto a la imposibilidad jurídica del traslado de régimen teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 2º de la L. 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 Perdomo Garzón, 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. De la misma manera, es irrelevante la no participación de la AFP pública en el negocio atacado, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, los recursos del afiliado han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Las anteriores razones tienen estrecha relación con el otro punto de disenso de las entidades recurrentes. Se advierte por esta Corporación que el señor juez, erráticamente evaluó los beneficios del régimen de transición pensional, a efectos del estudio de la ineficacia pretendida. Si bien así se calificó en el escrito genitor del proceso, era de esperarse un ejercicio propio por parte del juez de instancia en aplicación del principio de *Iura Novit Curia*. Pero, en lugar de enderezar el camino del demandante, éste ratificó tal desatino, pues frente a tal debate, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado 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, pues esta se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo¹⁴.

La línea de pensamiento marcada en precedencia, y que se ha repetido insistentemente por los precedentes del máximo juez del trabajo, da al traste con la afirmación de las entidades apelantes, sobre la necesidad de que el demandante tuviera que ser beneficiario del régimen de transición o que su expectativa pensional en el régimen de prima media, según la edad, tuviese que ser cercana en el tiempo.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. SL2001-2021. M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

De la misma manera, advierte esta Corporación que el juzgador laboral, omitió pronunciarse sobre la obligación de las AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración. Y es que la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, aplicando el precepto que gobierna las restituciones mutuas disciplinado en el art. 1746 del Código Civil.

Ante la aludida ficción iuris, ha de entenderse que el promotor nunca se cambió al sistema privado de pensiones, lo que obliga **“a 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.* Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”**¹⁵.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, habrá de adicionarse el ordinal segundo de la decisión del *a quo* en cuanto a que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y lo recaudado por gastos de administración.

En lo demás se confirmará la sentencia objeto de apelación y consulta. Sin Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dado el grado jurisdiccional de consulta.

6. 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.

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,

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

7. RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR al ordinal segundo, de la sentencia proferida el 20-sep-2019 por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, pero por las razones expuestas en éste proveído.

TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado

CUARTO. - Vuelvan las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE


EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA
(Con impedimento)


MARCO AURELIO BASTO TOVAR

Firmado Por:

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

Marco Aurelio Basto Tovar
Magistrado
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: **8391a0bdfeff49485d599c8ba16ee1eec0c5c9052e02116aeb8d1c839195b096**

Documento generado en 15/12/2021 04:30:31 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>