

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REFERENCIA: Apelaciones de sentencia proferida en proceso ordinario de MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Radicación Única Nacional No. 76-834-31-05-002-2018-00172-01

A los catorce (14) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de dictar sentencia escrita; en la que se resolverán los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A.- y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de cara a la sentencia condenatoria de primera instancia; de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

SENTENCIA No. 014

APROBADA EN SALA VIRTUAL No. 006

ANTECEDENTES

La señora MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ promovió proceso ordinario laboral de primera instancia frente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con el propósito que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, solicitó se ordene su traslado en pensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES; y se condene a esta última al pago de las costas y agencias en derecho -No. 2 ED-.

En fundamento a las peticiones, indicó la representante judicial de la actora, que ésta nació el 5 de abril de 1957; que inicialmente su vinculación al Sistema General de Seguridad Social Integral, fue a través del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, en el año de 1994, para posteriormente, en el mes de mayo de 2003 trasladarse al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; indicó que el traslado fue realizado mediante falacias por parte del asesor que suscribió el formulario de afiliación, tales como requisitos más flexibles y mesada pensional superior a la ofrecida por el citado instituto; además de ello, el fondo demandado omitió cumplir con su deber legal de brindar una asesoría efectiva al momento de cumplir los 10 últimos años de cotización al Sistema General de Seguridad Social, sobre los beneficios y desventajas de continuar en el fondo; tampoco se le informó sobre las diferencias en la mesada pensional entre ambos fondos de pensiones, ni la diferencia en la liquidación de la pensión en cada régimen pensional, y mucho menos hizo entrega del plan de pensiones y reglamentos de funcionamiento; expuso la abogada de la actora que la permanencia de su mandante en la AFP PORVENIR S.A. no le permite obtener una mesada pensional digna, como sería la que hubiese obtenido en el RPM; por tal razón, elevó petición ante las demandadas a fin de solicitar traslado de regímenes, no obstante la petición fue despachada de forma desfavorable, por cuanto se encuentra a menos de diez -10- años, del requisito de tiempo para pensionarse -No. 2 ED-.

Admitida la demanda, en auto No. 001 del 02 de noviembre de 2018 (fs.43 y vto.), se integró como litisconsorte necesaria por pasiva, a COLPENSIONES, y se dio en traslado a la demandada y a la integrada, quienes dentro del término concedido por el Juzgado de Primera Instancia atendieron el requerimiento así:

-La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de mandataria judicial se opuso a las

pretensiones, y propuso las excepciones perentorias rotuladas como inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada. Como fundamento de lo anterior, indicó que el traslado de regímenes lo realizó la afiliada de forma libre y espontánea, pues no existe medio de prueba fehaciente que constate constreñimiento o inducción al error.

-La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en oposición a las pretensiones, alegó que el traslado de régimen pensional fue un acto libre y voluntario de la actora, pues nunca la obligaron, ni presionaron para que se trasladara de régimen, por lo tanto, su traslado se sujetó a la presunción de validez por haberse realizado de conformidad a lo reglado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las denominadas como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de la acción, cobro de lo no debido, y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe de la entidad demandada, compensación, e innominada o genérica.

Constituido el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V), en fase de juzgamiento, dentro la audiencia del artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, profirió la Sentencia No. 015 del 04 de marzo de 2021, en la que dispuso:

«PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de fondo propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, incluida la de PRESCRIPCIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora **MARÍA VÍCTORIA GONZÁLEZ G.** identificada con C.C N°.29.304.690, del Régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., materializado el 12 de MARZO de 2003, es ineficaz, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A a restituir a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y gasto de administración, que pertenezcan a la demandante **MARÍA VÍCTORIA GONZÁLEZ G.**, ya identificada, por motivo del traslado de régimen pensional que aquí se está declarando ineficaz.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez reciba los aportes y rendimientos de la señora **MARÍA VÍCTORIA GONZÁLEZ G.**, provenientes de PORVENIR S.A., respete la condición que tenía antes del 12 de MARZO de 2003, esto es, válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A. y en favor de la demandante, incluyendo por concepto de agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.00, según las consideraciones de la presente providencia.

SEXTO: DE NO SER APELADA esta sentencia, remítase el expediente a la Sala Laboral, del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, Para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo dicho en la parte motiva de la presente decisión

Para decidir en tal dirección, el Juzgado fijó como problema jurídico, determinar «Sí, cuando se hizo el traslado de la demandante, señora María Victoria González González del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida administrado en ese entonces por

el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual por medio de PORVENIR S.A. se configuró un vicio del consentimiento de la afiliada, para allí determinar si hay lugar a declarar la nulidad de dicho traslado junto con las consecuencias que dicha declaración produce conforme a las pretensiones de la demanda.»

Seguidamente; después de citar las bases jurídicas y jurisprudenciales; el fallador de inicio adujo: *«Así las cosas, pasaremos a valorar el material probatorio recaudado en el proceso con el fin de desarrollar los tópicos fijados como objeto central de debate, siguiendo un orden de temas para facilitar su análisis, tenemos entonces, primero, de la ineficacia del traslado de régimen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados o potenciales afiliados, por eso, cuando se trata de traslado del Régimen de Prima Media o de Ahorro Individual con Solidaridad para que esa determinación contenga las condiciones fijadas en la recepción mencionada, es decir, para poder predicar la libertad y voluntariedad en ello, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha determinado que previo al cambio de régimen, los potenciales afiliados deben recibir de los fondos de pensiones la información completa respecto a lo que arriesgan con su decisión, puesto que de no ser así, bien podría brindarse una incorrecta información u omitirse la relevante, puede entenderse entonces que, el acto de afiliación no produjo los efectos jurídicos respecto al eventual incumplimiento de ese deber de información, no genera una nulidad como lo solicita la demandante a través de su apoderada judicial, sino una ineficacia del acto de cambio o traslado del sistema pensional, toda vez que, las consecuencias que se producen no son las que específicamente prevé el Código Civil en su artículo en su artículo 1740 y subsiguientes, sino que al estar de por medio el derecho a la pensión no hay lugar a restituciones mutuas o responsabilidades compartidas en el acto o contrato. Además, la reciente jurisprudencia, inclusive el criterio de este despacho fijado en la sentencia número 9 del 15 de febrero de 2019, en un proceso similar por no decir igual al presente, ha entendido que no se puede predicar la nulidad de aquello que nunca produjo efectos*

jurídicos o que produce defectos en la vida jurídica, Aclarado esto, tenemos que por tratarse de las funciones de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a la luz de lo establecido en el artículo 48 de la Carta Superior, se exige de ellas un papel activo en la asesoría que brindan a todos sus futuros afiliados. No en vano, el inciso tercero del literal B del artículo 13, en concordancia con lo dicho en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establecieron la libertad de escogencia de fondo, así como la imposición de sanciones para quienes atenten en contra de los afiliados en lo que refiere a la selección de los organismos e instituciones del sistema de Seguridad Social, inclusive sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Asimismo, el literal C del artículo 60 de la misma ley 100 de 1993, les impuso la obligación de informar a los afiliados, sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas.

Sobre este tópico la Sala de casación laboral, en sentencia del 9 de septiembre de 2008, con radicado número 31989 y la sentencia del 22 de noviembre de 2011, con radicado número 33083. Acento textualmente lo siguiente, «las responsabilidades de las administradoras de pensiones de carácter profesional imponiéndose el deber de informar prolijamente y de cumplir sus obligaciones con diligencia, prudencia y pericia, como lo son primero, la información detallada al futuro afiliado desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y segundo, proporcionar a sus interesado una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que sea de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.», para estos parámetros, indicó la Sala Laboral de la Corte, que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en el silencio que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa de en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue. Del mismo modo, bajo estas mismas condiciones, podemos concluir que los fondos de pensiones privados deben detallar a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual las diferencias que se presentan en cada uno de los sistemas pensionales, las proyecciones de la mesada por eso que podrían recibir tanto en el régimen privado como en el régimen público , y las implicaciones o conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional,

debiendo inclusive llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado los perjudique.

Ahora, si bien recientemente a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se ha hecho énfasis y mayor precisión sobre el deber de información y buen Consejo que tienen y deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones, inclusive la doble asesoría. También es una realidad que dicho deber no estaba ausente en la legislación de la Seguridad Social, pues en la misma ley 100 de 1993, en su artículo 132 y 272, así como en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Que posteriormente fuera modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, se impuso en el cumplimiento de brindar a los usuarios una información clara, objetiva y transparente frente a las características, condiciones de acceso, riesgo de cada uno de los regímenes pensionales: así como lo relacionado con el régimen de transición y la posible pérdida de beneficios pensionales de tal manera que no sirve de excusa para haber omitido la asesoría y buen consejo para con los potenciales afiliados.

Segundo de la carga de la prueba y conclusiones. Dejando claros los antecedentes señalados, tenemos que el proceso debe perfilarse si al momento del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, esto es, en el año 2003, PORVENIR S.A. le brindó la información detallada y completa sobre los riesgos y bondades que dicha decisión podría engendrar, pues de lo contrario, siguiendo las reglas jurisprudenciales acabadas de mencionar, carecería de efectos dicho traslado. Entonces de la revisión de la demanda y de sus anexos tenemos que fueron pocas las pruebas aportadas por la demandante, salvo la documental ya mencionada en antes, así como la declaración rendida por la señora Luz Marina González González en este acto de audiencia, y considerando que el proceso laboral carece de un sólido régimen en materia probatoria, debemos acudir entonces a la remisión analógica que hace el artículo 145 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, para recordar que, si bien la carga de la prueba impone al demandante a acreditar los hechos narrados en la demanda para alcanzar el efecto jurídico perseguido insta al demandado a probar los hechos extintivos modificativos e impeditivos en los que funde su defensa, el artículo 167

del Código General del Proceso en su inciso segundo, consagró el sistema de cargas dinámicas o distribución de deberes de aportación de pruebas para aquellos eventos en donde se advierte una manifiesta dificultad del demandante para acceder a dichos elementos demostrativos. Además, para resolver el paradigma de la falta de prueba, que le hace falta al demandante sobre los supuestos aquí discutidos, han surgido, legal y jurisprudencialmente algunas vertientes entre las que encontramos la exoneración de prueba, ésta se configura cuando los hechos presenten una dificultad empírica y práctica muy elevada para su demostración, o cuando los hechos de la demanda equivalgan a negaciones indefinidas, como bien lo expresa el último inciso del mencionado artículo 167 del Código General del proceso. En este caso, vemos que el demandante o la demandante, para sustentar sus pretensiones, argumentó que el fondo privado omitió ejecutar una serie de obligaciones relativas al deber de información sobre la afiliación y/o traslado de régimen pensional aquí discutido, tal y como lo mencionó la testigo María González González, por lo que resulta claro que los hechos fueron planteados como negaciones indefinidas y por ende opera la exoneración de pruebas antes detallada, por consiguiente le corresponde al fondo privado demandado demostrar que sí desplegó las actividades de información necesarias, cuya omisión se alega en el escrito genitor, y a lo largo del proceso.

En este mismo sentido, ha valorado la carga de la prueba la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y podemos citar, entre otras, las sentencias 2030, 2422 y la 2955, todas del año 2019, fueron pronunciadas en casos similares al aquí analizado. En esas condiciones, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales anotados, donde dice que los fondos privados son quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos anteriormente indicados y que además cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos suficientes frente a los servicios que ofrecen, son los que deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales.

Entonces, como en el presente caso, el punto crítico es la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, eso pues, argumenta la precursora de este

proceso que no le fue brindada una información clara a la hora de trasladarse de régimen, que la suministrada era errónea y no se ajustaba a la realidad. Entonces, atendiendo esos deberes de aportación de la prueba, de tal manera que se hace necesario auscultar el material probatorio arrimado para determinar si dicha información fue correcta, oportuna y suficiente, recordando que ese deber puede satisfacerse no sólo a través de documentos, dado que en materia laboral; según lo dispone el artículo 51 del Código procesal del trabajo; son admisibles todos los medios de prueba previstos en la ley sin que específicamente se hubiese establecido una tarifa legal para ello, en consonancia con el artículo 61 del mismo código que le permite al juez laboral formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a la referida tarifa legal de pruebas. Pues bien, conforme a la respuesta dada por PORVENIR S.A., así como de la documental arrimada a las diligencias, se concluye, respecto a la manera en que se materializaron las afiliaciones y traslado entre regímenes pensionales, porque la señora María Victoria González González no recibió una correcta asesoría personal por parte de dicha entidad. Ahora bien, no arrimó al proceso pruebas que acrediten una asesoría personalizada donde se pusieron de presente las circunstancias particulares de su caso. Por ejemplo, que el monto de la pensión se encontraba sujeto a los rendimientos de capital de su cuenta de ahorro individual, dependiendo de las tasas de interés que existan en el mercado o si se tenían beneficiarios o no de esa posible pensión, así como informar sobre la expectativa de vida, y otros factores que disminuirían el monto de la pensión, igualmente se debió explicar a la potencial afiliada sobre la posible cuantía de la pensión en el régimen privado, esto es, que depende del capital ahorrado en la cuenta individual y que el valor que se abonaría a dicha cuenta no sería equivalente al 100% del valor de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía, el seguro previsional, otra a gastos de administración y otra al Fondo de Solidaridad del régimen privado, igualmente PORVENIR S.A. adujo que la demandante suscribió la solicitud de vinculación como traslado de régimen pensional en el año 2003, de manera libre, espontánea y sin presiones, por haber suscrito el formulario de traslado y/o afiliación al régimen privado que consiste en un método pre impreso del que no se infiere que la situación pensional fue estudiada y fueron detallados los riesgos que circundaban el

traslado de régimen pensional.

En efecto del formulario visible en el plenario, nada diferente a la protocolización material del traslado de régimen hecho por el demandante o por la demandante (...), pues en la sinopsis allí transcrita sólo quedaron plasmados los datos básicos del afiliado o de la afiliada y de la cual lo único que se deduce es que efectivamente se diligenció una solicitud de traslado de régimen pensional el primero de marzo de 2003 a PORVENIR S.A.

De otro lado, tenemos los documentos donde se niega el traslado de la demandante en la forma descrita anteriormente; asimismo, se allega el historial de aportes al sistema pensional ya citado, que en lo que le interesa al proceso no aporta información valiosa para el objeto de este litigio, pues esta prueba documental, se insiste, no da cuenta de haberse brindado la asesoría necesaria a la demandante para el momento de su traslado, pues no muestra los estudios de su situación pensional ni la constancia de entrega de documentos o de asesorías relativas sobre las particularidades de los regímenes pensionales. De acuerdo a lo explicado en precedencia, en su momento la administradora de fondo de pensiones que materializó el traslado de régimen pensional, no actuó cumpliendo con su deber de información.

Tercero: aspectos finales y conclusión: De esta manera las cosas, en atención a los lineamientos jurisprudenciales ya citados y con sustento en la prueba analizada, puede concluirse que en el presente caso sí se presentó una falta del deber de información en un asunto neurálgico para un afiliado como es el cambio de régimen pensional, lo que condujo a un traslado de régimen que no fue libre y voluntario. Por ello, habrá de declararse la ineficacia de ese traslado, disponiéndose la devolución de los aportes, dividendos, los gastos de administración que en la actualidad posee a la aquí demandante en PORVENIR S.A., bajo el anterior escenario, la situación pensional de la afiliada María Victoria González González vuelve a como se encontraba para el mes de marzo de 2003 cuando se materializó el traslado al régimen privado, esto es, válidamente afiliada al régimen de Prima media con prestación definida, que en su caso particular era administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, quien además, una vez reciba

los aportes y rendimientos de la demandante, provenientes de PORVENIR S.A. debe respetar la condición que tenía antes del 12 de marzo de 2003, esto es, válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, además, dada la ineficacia declarada, no tiene incidencia alguna que la demandante haya solicitado la nulidad o la ineficacia de su afiliación al régimen privado, así como el traslado o el retorno al régimen de prima media, faltándole menos de 10 años para el cumplimiento de la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez y que fue un fundamento de defensa de COLPENSIONES.

Por otra parte, en cuanto a la prescripción alegada por los fondos demandados, debe precisarse que el órgano de cierre en la especialidad ordinaria laboral y de la Seguridad Social; en sentencia SL 2030 de 2019, ya citada en esta providencia; ha manifestado que la acción dirigida a la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales no está sometida a prescripción, pues solo apunta a establecer que en un determinado acto no produce efecto alguno como consecuencia del incumplimiento de requisitos fundamentales; de igual forma, esta tesis, de la imprescriptibilidad fue reiterada a partir de la sentencia 1688 de 2019 donde se estableció que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en qué ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico son imprescriptibles, de allí que no está llamada a prosperar, las demás excepciones quedan resueltas con el sentido del fallo a proferir.

Costas: acorde con la naturaleza de la decisión a proferir se condenará en costas a la parte demandada PORVENIR S.A. como parte vencida y en favor de la demandante. Por la secretaría se liquidarán dichas costas, y se debe incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de PORVENIR S.A. No se produce condena en costas a cargo de COLPENSIONES por ser el juicio una demandada meramente formal.»

Contra la decisión de primer grado se alzó la apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, así:

«La demandante señora María Victoria González González en la actualidad cuenta con 63 años de edad quién realizó su afiliación inicial al sistema de seguridad social en pensiones en el régimen de prima media con prestación definida por Instituto de Seguros Sociales en febrero del 94 hasta 2003, cuando contaba con 46 años de edad solicitó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., el cual realizó bajo la asesoría de un ejecutivo de cuenta de esa corporación, quién brindó la asesoría pertinente y prueba de ello es la suscripción del formulario de traslado la cual confirma el consentimiento de la demandante a realizar dicho traslado, la actora en la actualidad cuenta con 63 años de edad y ya tiene la edad para obtener su pensión de vejez y no se evidencia que con anterioridad sus 47 años de edad, es decir al 5 abril del 2004 hubiera solicitado nuevamente ante las entidades involucradas, tanto PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el traslado régimen que hoy pretende se reconozca por dicho medio judicial, por tanto dichos traslados tienen plena validez conforme al artículo 2 la ley 797 de 2003.

En este orden ideas y de conformidad con la norma en cita el traslado a la fecha goza de plena validez, y además de ello el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho de la pensión de vejez, aunado a lo anterior, la demandante no logró demostrar en la demanda, la pérdida de tránsito legislativo gestación de una expectativa legítima por la decisión de trasladarse de régimen de ahorro individual, toda vez que, al permanecer a PORVENIR S.A. entidad en la cual se encuentra actualmente, conserva su posibilidad pensional, pues podría obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica por ley.

De igual forma tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe en el momento en que se afilió al régimen ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. tal y como se alega en la demanda, puesto que para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales iba a cotizar la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a lo reportado en la historia laboral, esto---(no)--- demuestra hasta el momento que la demandante haya sido engañada a tomar una decisión desfavorable a sus intereses y más aún cuando permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad por aproximadamente 23 años sin manifestar ninguna inconformidad al respecto del desempeño administración, ya pensando así su

decisión de permanecer en dicho régimen, por lo anterior, se tiene que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por decisión propia como lo demuestra la firma de su primer formulario afiliación a PORVENIR S.A, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los fondos privados del fondo privado referido, razón por la cual es ese fondo privado de pensiones quién debe resolver su situación pensional.»

En el mismo sentido apeló la decisión la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A-, exponiendo, en resumen, que la parte actora alegó vicios del consentimiento a la hora de realizar su afiliación a la entidad; no obstante, no demostró en el plenario su ocurrencia.

En efecto, para la recurrente en mención, la parte actora no logró demostrar ni el error, ni la fuerza, ni el dolo; dijo que en el caso, de acuerdo con las consideraciones del a quo, lo que no se puede probar es lo indefinido, pero esa afirmación indefinida puede probarse con presunciones e indicios, razón por la cual esa imposibilidad de verificar la prueba debió haberse efectuado con mayor rigurosidad, debiendo tener en cuenta “*el juez de primera instancia no irla a confundir con la simple imposibilidad*”, debiendo demostrar la interesada todos los detalles relativos a su traslado y considerando asimismo, que la señora María Victoria González González dejó pasar los mecanismos de ley con que contaba para lograr su traslado de régimen, pues no hizo uso de su derecho de retracto a la afiliación, ni solicitó su regreso al régimen de prima media antes de que le faltaran diez años para cumplir la edad de pensión.

Expuso también expuso el fondo de pensiones privado, que para la época de afiliación de la actora, lo único que se exigía conforme a la ley, era la suscripción del respectivo formulario, documento que no presentó reparo alguno por parte de la demandante, a lo que se añade que no se exigía dejar prueba escrita de la asesoría que se prestaba a la persona que se afiliaba, por lo que no se puede hacer exigencia alguna no contemplada en la ley.

Señaló, que en el tipo de procesos como el de la señora María Victoria González González se debe dar aplicación a la prescripción en todo lo que vaya más allá de la declaratoria de nulidad, en caso de permanecer la decisión sobre el traslado; que en caso de persistir la condena se exonere de la respectiva devolución de los gastos de administración generados con la actividad propia del fondo, considerando que los mencionados gastos no hacen parte del patrimonio con que se financia la pensión, así como tampoco se debe ordenar la devolución de rendimientos. Además, solicitó el apelante se declare probada la excepción de compensación; y que no se condene en costas.

Ejecutoriado el auto que admitió los recursos de apelación y en aplicación del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes para que presentaran alegaciones de conclusión.

Así, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., expuso como alegatos:

«1. No es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento la afiliada fuera incapaz absoluta o que faltara algún requisito formal para su validez, lo que entraña sin lugar a vacilación que en gracia de discusión, de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo; como ocurrió en el presente asunto, sin que sea viable se mantenga la decisión del a-quo.

2. No se puede obviar que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de

afiliación, que en su momento diligenció la afiliada, la asesoría brindada por el asesor del fondo y con los actos que ejecutó en forma posterior a su vinculación, por cuanto ejecutó varios actos de convalidación de su voluntad de pensionarse en el R.A.I.S, como por ejemplo, realizar el pago de los aportes que en un futuro le generaran el derecho a percibir la pensión de vejez, invalidez o dejar causado a sus beneficiarios el derecho a percibir la pensión de sobrevivencia, lo que de plano contradice las afirmaciones de la parte actora, en el sentido de haber sido engañada al momento de afiliarse al R.A.I.S., actuar que se atemperó también conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; es decir, no se trataba de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse.

3. Mi representada siempre garantizó a todos los afiliados el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, informándose sobre la posibilidad con la que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

4. Sobre la obligación de información, este tema fue tratado mediante concepto No. 2015123910-002 de fecha 29 de diciembre de 2015, emitido por la Superintendencia Financiera, donde se concluyó que SOLO a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, existía para los fondos la aludida obligación, por lo que, bajo la existencia del Instituto de Seguros Sociales, no existía tal requisito, conceptuándose textualmente lo siguiente: Sobre este particular, debe advertirse que no obstante la existencia del deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de “poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado”, por lo que en vigencia del Instituto

de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones la asesoría podía no contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión.

5. Frente al tema de la proyección de la mesada pensional, el hecho de no realizarse la misma o no cumplirse las expectativas, no configura causal de nulidad de la afiliación, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 11 de noviembre de 2008, magistrado ponente Dr. Eduardo López Villegas expediente 31989, en la que puntualizó: “Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado o final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño”. Negrillas y subrayas fuera del texto.

6. En cuanto a las condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tener derecho al reconocimiento de una pensión de vejez. Estos beneficios pensionales no se reconocen bajo los presupuestos de edad y densidad de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, tal y como sucede en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sino que su reconocimiento depende del capital que se logre acumular en la cuenta de ahorro pensional del afiliado, conforme lo dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, dependerá del capital que el demandante logre acumular en su cuenta de ahorro pensional, para tener derecho a este beneficio, asunto que solo puede verificarse cuando la parte actora presente la petición acompañada de la documentación que se exige para este tipo de prestaciones.

7. Adicionalmente para proferir la condena dentro de la presente acción, la acción presentada, se encuentra cobijada por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del C.P.T. y de la S.S, toda vez que en el presente asunto se ha presentado prescripción de la acción, teniendo en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, que en el presente caso, no fue tenido en cuenta por el hoy demandante, cualquier declaración de nulidad o de ineficacia de dicho acto jurídico estaría actualmente PRESCRITA conforme lo dispone el también el artículo 1750 del Código de Civil. En los anteriores términos, dejemos presentado el respectivo alegato de segunda instancia.»

De otro lado, la apoderada de la DEMANDANTE expuso:

«La Corte suprema de justicia ha tratado el tema relativo a la obligación que tienen las administradoras de pensiones y de forma principal de las nuevas administradoras del nuevo régimen pensional –esto es RAIS-, de explicar a sus clientes en el momento de su afiliación cuáles son las consecuencias que acarrea su futuro pensional, que entre otras se considera un derecho irrenunciable el afiliarse o cambiarse de régimen pensional, las modalidades de su pensión, lo que pierde o los beneficios si se traslada de régimen, y demás aspectos para que la persona tenga un conocimiento formal y bajo ese conocimiento amplio, claro y suficiente pueda tomar una decisión a conciencia y sensata y así se pueda configurar el requisito señalado para efectos de obligarse. Para precisar entonces que conforme a la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, las obligaciones de los fondos privados es la de darle la información concreta, precisa y verdadera a los potenciales afiliados para efectos de lograr que el traslado le reporte beneficios en materia pensional o de la seguridad social al nuevo afiliado, de lo contrario una incorrecta investigación o la circunstancia de omitir información importante para que el afiliado pueda tomar la determinación, se constituye sin duda en el aspecto que VICIA DE NULIDAD el acto de traslado. La carga probatoria que le incumbía a la parte demandada, era demostrar

que sí brindó información suficiente, le explicó a la demandante cuáles eran sus beneficios o las consecuencias de trasladarse a ese fondo, incluso llegar a formularle o aconsejarle que no se afiliara al RAIS si no le convenía para efectos pensionales, ello no fue probado dentro del proceso y se reitera era carga que le correspondía a la demandada y no logró su cometido probatorio.

En consecuencia, la entidad demandada no cumplió con su obligación LEGAL Y CONSTITUCIONAL como administradora del RAIS de suministrar la suficiente información completa y concreta en relación con los beneficios o las consecuencias que traía para la demandante el trasladarse de régimen pensional. No es admisible el argumento de la demandada al referir que a la demandante se le realizaron varias asesorías respecto a la proyección de su mesada pensional, pues los vicios que se proclaman de la nulidad del traslado, emergen al momento justo de la afiliación, no antes ni después, luego era al momento de la afiliación donde la entidad tenía el deber de demostrar la correcta asesoría en los términos aquí esbozados. Razones por las cuales queda demostrado el vicio del consentimiento, concretamente el dolo en que incurrió la demandada al omitir la información relevante para un derecho irrenunciable como lo es la seguridad social y la pensión que sin duda afecta en grado sumo esa prestación a la que en un futuro aspira el demandante. Respecto a las consecuencias de la nulidad como lo ha indicado la Corte, sus efectos no son retroactivos al estar de por medio derechos sociales, preservando las situaciones consolidadas de la seguridad social, por lo que no opera fenómeno de prescripción.»

Finalmente, la codemandada COLPENSIONES no allegó con destino a este proceso sus alegatos de conclusión.

No detectándose vicios que impriman nulidad a la actuación, resulta de oportunidad tomar la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En este caso, corresponde a la Sala establecer **(i)** si la señora MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, recibió información suficiente a la hora de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, habida cuenta que las AFP recurrentes sostienen que a esta se le brindó la respectiva asesoría y que suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, por lo que no procede la declaratoria de dicha nulidad e ineficacia del traslado; **(ii)** en caso de salir adelante dicha incógnita, se analizará la procedencia del traslado, de los rendimientos y de los gastos de administración, ya que los mismos se cobran para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y; **(iii)** si procede la condena en costas para las demandas.

En cuanto a los aspectos fundamentales a tener en cuenta para realizar el análisis jurídico del caso, se trae a exposición el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que *“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 (...)”*; por su parte, el artículo 16 de la misma ley determina que *“ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.”*

De otro lado, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establece que *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado”*; y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, prevé que *“los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad*

administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.”

Descendiendo al caso en concreto; valga citar la sentencia SL31989 del 9 de septiembre de 2018, en la que, respecto a la carga de la prueba, la Corte Suprema puntualizó:

«Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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» (Destaca la Sala).

En sustento a la decisión, el máximo órgano de cierre jurisdiccional, atina que las administradoras de pensiones son

de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, pues así lo preceptúa el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; de ello resulta indicar que les corresponde gestionar los intereses de quienes a ellas se vinculen, cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación; en ese orden, señala que la razón de la existencia de las administradoras es la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas que resulten confiables; particularidades que las ubican en el campo de la responsabilidad profesional; imponiéndoseles el deber de cumplir especialmente con las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además, todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones, cualquiera fuere su fuente legal, reglamentaria o contractual.

Sintetizando, esta Sala verifica que en el referido pronunciamiento se endilgó una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad; con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor, así como el alcance de orientar a sus afiliados, aunado a que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información.

Ahora bien, en los fundamentos fácticos descritos en el numeral 2 de la demanda, la peticionaria refirió que desde el mes de febrero de 1985 se encontraba afiliada al otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y para la calenda del 03 de marzo de 2003, suscribió formulario solicitud de traslado a PORVENIR S.A. -fl.17 ED-, documento en el que se

vislumbra que la actora lo suscribió, sin que el fondo acusado, allegara prueba de la proyección de cálculo actuarial sobre el monto de la mesada pensional, pues solo se advierte la siguiente observación:

5.1 VOLUNTAD DE AFILIACIÓN PENSIONES OBLIGATORIAS

Manifiesto que he sido informado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición del cual son beneficiarias las personas que a lo de abril de 1994 cumplieran 35 o más años (mujeres) o 40 o más años (hombres) o 15 o más años de servicios cotizados. Régimen que da derecho a sus beneficiarios que no se hayan trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a pensionarse en las condiciones de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de pensión que se les aplicaba con anterioridad a la citada fecha.

Conciencia de ello, hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, habiendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios de este Régimen, particularmente, sobre el Régimen de Transición, bonos pensionales y sobre los requisitos legales para acceder a las pensiones que otorga el sistema, así mismo, selecciono a Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales, habiendo sido informado en forma previa del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos y, en consecuencia, autorizo expresamente e irrevocablemente a Porvenir para que verifique la exactitud y veracidad de la información.

Yara Antonia González
FIRMA TRABAJADOR
CC 29.304.690

También se entrevisté que el citado fondo se limitó única y exclusivamente a investigar los datos personales, la actividad económica, los rangos de ingresos y egresos de la observación:

8. CERTIFICACION DE DATOS

DECLARO BAJO JURAMENTO QUE LA INFORMACION CORRESPONDIENTE AL VINCULO LABORAL ACTUAL DEL TRABAJADOR INCLUIDA EN LA PRESENTE SOLICITUD, CORRESPONDE A LOS TERMINOS DE LA RELACION LABORAL Y EN CONSECUENCIA ME DECLARO NOTIFICADO DE LA PRESENTE AFILIACION.

**INVERSIONES
LOS OLIVOS LTDA.
TULLA-VALLE**

Yara Antonia González
NOMBRE

Sumado a ello, se encuentra que la accionante solicitó a COLPENSIONES, aceptar su «traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, capitalizado por ustedes. En consecuencia, se amoneste al fondo de pensiones PORVENIR para que proceda a trasladar mi bono pensional, teniendo en cuenta que la afiliación a ellos desarrolla una nulidad por vicios de consentimiento.», como respuesta a su requerimiento, la citada demandada mediante oficio BZ2017_6037299-1535865, le informó que «de conformidad con el artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación y, siempre y cuando no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.» y que por ello era necesario que diligenciara y radicara el formato de afiliación -fs.27 y 28 ED-.

De la misma manera, presentó solicitud ante la AFP PORVENIR S.A. solicitando *«Que se declare la nulidad de mi afiliación, toda vez que esta carece de validez por existir vicio en el consentimiento, es decir en error de hecho. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual capitaliza Colpensiones. Igualmente, y en consecuencia se ordene el traslado del bono pensional correspondiente al fondo de pensiones COLPENSIONES. Finalmente solicito se me expida copia del formulario de inscripción al fondo»*, como réplica a su requerimiento mediante oficio de data 10 de julio de 2017, le explicó que no era posible teniendo en cuenta que *«(...) se encuentra a menos de diez (10) años para tener derecho a la pensión de vejez en ese Régimen, (...)»* -fs.37 y 38 ED.-

Frente a todo lo anterior, estima esta Corporación que el consentimiento informado que aduce PORVENIR S.A., no supera las expectativas necesarias para concluir que en puridad de verdad, existió una comunicación clara, precisa y que lograra mayor transparencia en las operaciones que se realicen, y así los usuarios y/o afiliados escojan la mejor opción pensional; además, porque la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información.

En efecto, esos formalismos a lo sumo acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

En tal dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL19447-2017, advirtió:

*“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre lo 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 o 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.»**”*

Lo anterior traduce que el deber de información, al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión; de manera que el deber de información, a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, dimana de una responsabilidad de carácter profesional; así lo recalcó la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2427 de 2020, en la que realizó un repaso sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones sintetizado así:

“

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--------------------------|--|--|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 | Ilustración de las características, condiciones, |

| | | |
|--|---|---|
| | Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, 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 existido.

En este contexto, esta Corporación deriva de la documental allegada, que el Fondo accionado aportó *formatos de afiliación*,

incumpliendo voluntariamente con una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, y como quiera que al *afiliado-trabajador* no le es viable acreditar que *no recibió información*; le corresponde a la contraparte demostrar que en realidad actuó conforme a la ley, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 1604 del Código Civil, que establece que «**la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo**», de donde dimana que correspondía al Fondo de Pensiones, acreditar la realización de todas las actuaciones pertinentes para que la afiliada conociera las implicaciones del traslado.

En tal orden de ideas, se advierte que desde un principio PROVENIR S.A. incumplió con la carga que se le impuso, esto es, acreditar que a la demandante se le brindó una información amplia, detallada y conducente, que le permitiera escoger la mejor opción de régimen para acceder a su derecho pensional, esto es, que aquel tuviera plena convicción de que su traslado se ejecutaba de manera libre, voluntaria y con las prerrogativas y/o deterioros que le impone la ley, pues no basta con la sola manifestación que se haga, en relación con la información que en su momento se le suministró a la afiliada, sino que le correspondía probar que ésta (actora) era conocedora de las incidencias que pudiera tener frente a sus derechos prestacionales, pues no puede estimar la entidad convocada a juicio, que los afiliados se encuentren satisfechos con una simple expresión genérica.

Así, la decisión adoptada por la actora, no puede considerarse autónoma y consciente, al no haber sido debidamente informada; razones que permiten declarar, no solo la ineficacia del traslado, sino la permanencia en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

En cuanto al punto de apelación esgrimido por la AFP, referente al traslado de los gastos de administración y los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional; tiene por responder esta Sala, que no acoge los argumentos esbozados por los recurrentes, si en consideración se tiene que al declararse la nulidad del traslado, tal como quedó en precedencia analizado, la Administradora de Pensiones debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado y restituir de manera completa, las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido.

Sobre el particular la sentencia SL17595-2017, radicada bajo partida No. 46292, del 18 de octubre de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reiteró la SL del 8 de septiembre de 2008, emitida en asunto con radicación 31989, donde adoctrinó:

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

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

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

“Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.” (Resaltas propias)

También se dirá, que las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración por el período en que la demandante permaneció afiliada a PORVENIR S.A, deberán ser devueltas con cargo a sus propios recursos, dado que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban.

Igualmente se coteja que las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, con el escrito de contestación de demanda formularon la excepción de prescripción, misma que, considera la Sala, no se declarará próspera, ya que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5144-2019, Radicación N° 66776, calendada el 20 de noviembre de 2019; al abordar el análisis en un caso de idénticas similitudes, concluyó que en tratándose de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, es inherente al derecho a la seguridad social, y por tanto, es imprescriptible; lo que quiere decir que puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos, y en lo específico concluyó **“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). Esta misma postura fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019 (...)”**.

De otro lado, en cuanto a la solicitud del fondo privado acusado respecto de que se declare la excepción de compensación,

advierte la Sala que no está llamada a prosperar, por cuanto para que opere la compensación “*es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras*”¹, lo que para el presente asunto tal como lo expuso el juez de conocimiento en sus consideraciones, al declararse la ineficacia del traslado del régimen del afiliado las obligaciones que emanan del contrato entre las partes quedan sin piso jurídico.

En cuanto a la absolució n por costas procesales, tenemos que el artículo 365 del Código General del Proceso, por remisió n expresa al proceso laboral, en su numeral 1º predica: «*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisió n o anulació n que haya propuesto*»; de allí que la condena en costas tiene por objeto sancionar al litigante o parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso, si se entiende el concepto de parte en sentido amplio, pues comprende tanto a las partes como a los terceros que comparecen al proceso y fueron vinculados con la sentencia.

En el caso en concreto, trasluce que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, fue convocada en calidad de demandada; que la discusión sobre el derecho que generó el proceso, comprendió que según su proceder jurídico y administrativo se encuentra ajustado a derecho, por lo que se abstuvo de conceder el traslado de régimen pensional, pues se itera, el extremo pasivo sostuvo en el transcurso del proceso que brindó al afiliado informació n necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, hechos que como se dejó plasmado anteriormente, no ocurrieron, pues solo en este escenario procesal se logró consolidar la ineficacia del traslado.

¹ Artículo 1716 del Código Civil Colombiano

Ahora, respecto al recurso incoado por COLPENSIONES; sin lugar a amplias consideraciones; esta Sala de Decisión estima que dicha entidad tenía el deber de estudiar el caso en particular frente al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues como quedó antes desarrollado, el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, se estructura y organiza bajo dos regímenes solidarios excluyentes, pero que coexisten, y pese a que la afiliación al sistema es obligatoria, las personas tienen la facultad de elegir, de manera libre y voluntaria, si se vinculan al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o al de Ahorro Individual con Solidaridad, de acuerdo con sus expectativas pensionales y su capacidad de ahorro; pero en el caso de marras, no se logró determinar que existió una información veraz, fehaciente, comparada y transparente, sobre las características de ambos regímenes pensionales, a fin de lograr que el actor conociera plenamente las condiciones pensionales que acarrearán el RPM y el RAIS, obligación impuesta a las administradoras desde su creación.

Así las cosas, esta Corporación confirmará la sentencia recurrida y condenará en costas a las recurrentes y vencidas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca; administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

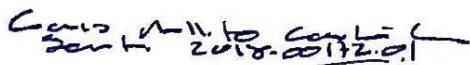
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 015 del 04 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá, Valle del Cauca, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A-** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES;** a favor de la señora **MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.** Por agencias en derecho se fija la suma de trescientos mil pesos m/c (\$300.000.00), por cada una de las vencidas.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta sentencia por edicto, conforme numeral 3º literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mientras tenga vigencia el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Ponente



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Firmado Por:

Maria Matilde Trejos Aguilar
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca

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: **6b25875e7b10d5a4943b3e3fba6bc0ec399287b41998d0eafc0df36047b76576**

Documento generado en 14/02/2022 10:13:03 AM

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