

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA MILENA GONZALEZ VALDERRAMA
DEMANDADO: PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76-834-31-05-001-2019-00183-01

Guadalajara de Buga, Valle, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

*En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita y previo traslado a las partes para las alegaciones finales, la providencia por medio de la cual se **resuelve el recurso de apelación** interpuesto contra la **Sentencia No. 08 del 15 de febrero de 2021** proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, Valle**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.*

En vista que no quedan trámites pendientes por evacuar, se profiere la

Sentencia No. 199

Discutida y aprobada según Acta No. 39

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

En demanda presentada el 9 de julio de 2019 (fl.97), pretende la señora ANA MILENA GONZALEZ VALDERRAMA, que se declare la nulidad de afiliación y traslado efectuados del Instituto de Seguros Sociales hacia la AFP Porvenir el 1 de diciembre de 2003, reclama que se trasladen todos los dineros que se hubieren recibido como aportes, cotizaciones, rendimientos financieros, bonos o títulos generados en su favor, sumas adicionales de la aseguradora, valores de administración y cualquier otra suma que represente un activo para la base pensional con todos sus frutos, como asumir los deterioros sufridos en el bien administrado, ordenar a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, costas y agencias en derecho, se falle extra y ultra petita (fls. 89 a 91 expediente, carpeta fl. 1)

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones, (visibles a fol. 84 y ss., fl. 1 carpeta) y para lo que interesa al proceso, señalan que inicio cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 2 de octubre de 1987 en el ISS hoy Colpensiones, hasta el 2003, en total de 406 semanas de cotización; que al igual que sus compañeros fue persuadida de manera engañosa por una funcionaria del fondo privado indicando que podía pensionarse a los 50 años de edad y con el último salario que devengara, tendría condiciones más beneficiosas, el dinero no se perdería por que podía ser heredado, además que Porvenir era más confiable porque el ISS se iba a liquidar; que al momento de su afiliación al fondo Porvenir no se le suministró una información clara, explícita y completa sobre las consecuencias del traslado del RPM al RAIS; que faltándole más de 10 años para cumplir

la edad para pensionarse Porvenir nunca le dio asesoría adecuada proyectando su pensión ni le informó que podía regresar al RPM; que solicitada proyección externa sobre su pensión se le informó que obtendría una pensión mínima, teniendo como ingresos \$2.500.000; que solicitó a Porvenir copia de su expediente, proyección pensional en el RPM y en el RAIS; que de la respuesta suministrada se advierte que la proyección fue verbal sin que exista soporte de ello; que con todo es evidente que se indujo a un error y no se dio la información oportuna, real y clara de las consecuencias legales y económicas respecto de su traslado de régimen pensional; que hoy se traduce en una diferencia pensional de \$960.231; que no se hizo su deber de buen consejo afectando su mínimo vital; que ante el perjuicio causado solicitó a Porvenir su traslado el 3 de mayo de 2019, también a Colpensiones el 9 de mayo de 2019, siendo negado el mismo con el argumento que se había brindado debida asesoría por la primera, y por Colpensiones que no era viable al faltarle 10 años para acceder a la pensión y que de la proyección pensional realizada por Porvenir, solicitada el 24 de abril de 2019, la pensión sería de \$828.116 y en Colpensiones de \$1.590.900 (fl. 84 a 89 expediente, fl. 1 carpeta).

Admitida la demanda (fl. 99) y debidamente notificada a Colpensiones y Porvenir, la primera mencionada dio respuesta (fol. 112 y ss, folio 1 carpeta), pronunciándose frente a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCION, LA INNOMINADA y BUENA FE; a su vez PORVENIR S.A., se pronunció igualmente sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones perentorias las de PRESCRIPCION, PRESCRIPCION DE LA ACCION DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y BUENA FE (fl. 145 a 164 expediente, fl.1 carpeta). Se sustenta la defensa, en que el traslado de la actora fue libre, espontaneo, informado y sin presiones.

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante Sentencia No 08 del 15 de febrero de 2021 el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), declaró la ineficacia del traslado que la actora, realizada del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, el cual por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado y el valor girado al fondo de garantía de protección mínima del referido régimen, así como los dineros destinados a gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES, realizar la afiliación de la demandante al RPM, y a recibir los aportes y demás conceptos que deberán ser trasladados por el fondo mencionado, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, condenó en costas a PORVENIR S.A, exoneró a COLPENSIONES de las mismas y dispuso la consulta del fallo de no ser apelado.

2 MOTIVACIONES

2.1 FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO.

Para impartir condena, el juez empezó planteando el problema jurídico, luego anunció la decisión favorable a los intereses de la actora, conforme a lo establecido por la CSJ en sentencias SL 3752, 5000, 5121 de noviembre y diciembre de 2020, ratificando la línea que señala que la determinación del futuro pensional cuando se escoge un fondo de pensiones, necesita la obtención de lo que denomina la Corte un consentimiento informado, no bastando la simple imposición de firma en un formulario, sino que se requiere que se haya dado la oportunidad de conocer los beneficios de esa decisión, pero también lo que le pueda resultar negativo, teniendo en cuenta que a partir de 1993, se abrió la posibilidad de dos regímenes con beneficios distintos al momento de la escogencia; que si bien para el

momento de la afiliación, como lo discute la apoderada de la demandada, no se había configurado en cabeza del fondo que esa información constara por escrito, lo que ha dicho la Corte es que eso no significa que no esté en cabeza de esos profesionales de la actividad, la obligación de dar la información, lo único es que existe libertad probatoria de demostrar que efectivamente fue así; que con posterioridad al cambio legislativo debe demostrarse que efectivamente fue por escrito que se hizo esa advertencia respecto a beneficios y riesgos; que Porvenir en este caso debía demostrar que efectivamente dio toda la información del caso a la demandante que le permitiera tomar una decisión no solo libre y autónoma, lo que no se discute en el caso, sino una decisión con conocimiento suficiente de la trascendencia, de la conveniencia de lo que estaba decidiendo la hoy demandante.

Arguye que contrario a ello, revisada la documental aportada, no aparece ningún registro que permita establecer que efectivamente la demandante fue asesorada respecto de la existencia de dos regímenes con condiciones distintas y recibiera algún tipo de proyección respecto a la posibilidad de pensionarse en uno u otro, a pesar de las variaciones en el tiempo, pero siendo posible poner de presente a la persona que si no hay grandes cambios en su salario, promedio de vida, factores básicos para llegar a la pensión, poder decir cuál es su proyección, reiterando que no hay prueba alguna que se haya dado esa información suficiente a la demandante para obtener de ella su consentimiento informado, no bastando, como lo dice la línea jurisprudencial, la mera imposición de firma en el formulario con el letrado “que es una decisión libre y voluntaria” etc, concluyendo que por ello hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, no la nulidad solicitada en la demanda.

Añade que no son de recibo los alegatos de las demandadas respecto del paso del tiempo del deber de la demandante de auto informarse de lo que estaba sucediendo o firmando y de su no manifestación de retorno al RPM, en las oportunidades que la ley le brindaba; para ello recuerda las reglas de experiencia y la sana crítica que nos ubica en la realidad que sucede con los fondos pensionales y en general con el régimen de pensiones, es una materia técnica que requiere de conocimientos específicos y por lo tanto no se puede reclamar a la generalidad de personas su dominio; que si nos colocamos en el año 1993, el régimen de pensiones era una materia completamente desconocida y pasando 30 años, no es posible por su carácter técnico, decir que las personas pueden conocer fácilmente lo que sucede en uno y otro régimen, sus beneficios y consecuencias; que es más en las modalidades del RAIS se requieren horas de estudio por los profesionales del área, incluso para los abogados y personas que se desempeñan en el área del derecho laboral, no es fácil su entendimiento porque no basta el conocimiento jurídico sino estadístico y actuarial que lleva a conocer los cálculos para poder comparar los regímenes; que el solo paso del tiempo para una persona no se puede considerar suficiente para entender que por ello conocía suficientemente la información de las consecuencias de su afiliación; que por todo lo anterior se declarará la ineficacia del traslado, considerando como lo señala la línea jurisprudencial referida que hay lugar a que PORVENIR traslade a COLPENSIONES los factores si los tiene como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento conforme la ley 100/93, productos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del C. Civil, conceptualizado como rendimiento de esos dineros a cargo del fondo, así mismo, el valor girado por el fondo de garantías del referido régimen si se hubiese trasladado y las cuotas de gastos de administración que se hubiere cobrado.

Que, en relación a prescripción reclamada, como lo señala la línea jurisprudencial citada, esa ineficacia tiene carácter insubsanable y desde esa perspectiva no puede aplicarse el termino prescriptivo, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un derecho accesorio a un derecho principal como lo es el pensional; que siendo ese derecho principal e imprescriptible el derecho a la pensión en los términos señalados en la ley, lo es así también el derecho accesorio a que se declare la ineficacia del traslado de régimen.

Por último, declaró la ineficacia del traslado que la actora, realizará del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, con las consecuencias antes referidas y dispuso la consulta del fallo de no ser apelado.

2.2. SUSTENTO DE LA APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR.

Afirma que obró conforme a la Ley lo que permitió la afiliación válida de la actora al RAIS; que no puede exigírsele el cumplimiento de un deber de información como se ha venido desarrollando, con los parámetros incluyendo la normatividad y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de las cuales la AFP se encuentra obligada a brindar una proyección pensional u obligada a brindar una asesoría de manera escrita, teniendo en cuenta que para la fecha de la afiliación, estas obligaciones no se encontraban vigentes; que las proyecciones pensionales son meras simulaciones de lo que podría ser la mesada pensional de la actora, teniendo en cuenta que cuando hizo la afiliación le restaba largo tiempo de cotización, siendo meras estimaciones que no representarían una realidad o derecho consolidado con relación a lo que será su mesada pensional; que en ese sentido Porvenir en el año 2003, año de afiliación de la actora, no estaba obligada a brindar proyecciones pensionales, que además la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado varios tipos de obligación, ejemplo la de brindar un buen consejo o desestimular al afiliado en un posible traslado que le resulta inconveniente, todos los cuales no estaba vigente en el año 2003, por lo que no se le puede exigir un deber de información no consagrado en el marco legal del año 2003, cuando la actora resolvió trasladarse válidamente de régimen; que el deber de información es de doble vía, por cuanto no puede establecerse que por el hecho que la AFP tenga en su cabeza un deber de información pues precisamente debe exonerarse a la demandante del deber de información que le asiste cuando ella debió actuar con la debida diligencia y cuidado que corresponde, si precisamente de su decisión de trasladarse dependían sus expectativas pensionales; que se debe tener en cuenta que según la Superfinanciera en varios de sus conceptos ha establecido, que los afiliados al RAIS son precisamente consumidores financieros y que por tal tienen diferentes tipos de obligaciones, entre las que se cuenta el deber de información; que así las cosas la condena impuesta no debe existir si se parte que la afiliación realizada por Porvenir de la actora tuvo plenos efectos y se ajustó a la normatividad vigente en el 2003.

*Señala igualmente que se opone a la **devolución de rendimientos toda** vez, que si se debe entender que las cosas deben retrotraerse al estado que se encontraban, precisamente debe tenerse que la demandante nunca tuvo unos aportes en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, estos aportes nunca fueron administrados por el fondo, en consecuencia nunca generaron rendimiento; que siendo jurídicamente técnicos, esos rendimientos nunca hubieran existido por tanto no procede su devolución; que de igual manera se opone a la devolución de GASTOS DE ADMINISTRACION, teniendo en cuenta, 1) que el acto de afiliación fue válido, 2) no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C. Civil, no corresponde a lo allí dispuesto de restituciones mutuas, no se puede obligar a devolver un bien cuando un acto jurídico es declarado nulo o ineficaz y al mismo tiempo obligar a devolver la suma que invirtió para incrementarlo, 3) estos gastos de administración tienen una destinación específica, art.20 Ley 100/93 y obedece a la correcta administración, rentabilidad y seguridad de los aportes que tenía la demandante en su cuenta de ahorro individual, por tanto estas sumas ya fueron utilizadas para el efecto y o se encuentran en poder de Porvenir, en tanto no procede ordenar su devolución.*

Que sobre las PRIMAS DE SEGUROS previsionales de la aseguradora en el igual sentido son sumas que tienen una finalidad prevista en la ley y se extinguieron porque se utilizaron para cumplir esa finalidad; que sobre los bonos pensionales, no se encuentran redimidos en la cuenta individual de la actora, por lo que no procede su devolución; que así las cosas Porvenir no incurrió en ninguna falta de derecho por lo que no tiene por qué ver afectado

su patrimonio propio al verse obligado a devolver gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora o rendimientos o aportes de la cuenta individual de la actora, no obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente a su afiliación, por lo que solicita la revocatoria de la sentencia y declaratoria de excepciones y absolución de las pretensiones.

2.2.2. COLPENSIONES por su parte, manifestó que la demandante en la actualidad cuenta con 61 años de edad y se afilió al RPM el 2 octubre de 1987 hasta el 2003, cuando contaba con 44 años se trasladó al RAIS- Porvenir, lo que hizo de manera voluntaria y consciente, lo confirma su firma en el formulario de traslado, actualmente cuenta con 61 años; que a sus 47 años- 5 mayo 2006- no se evidencia solicitud de traslado a Colpensiones- como Porvenir- es decir que el traslado que pretende se reconozca hoy se tiene válidamente reconocido conforme el **artículo 2 de la ley 797/03**; que de conformidad con la norma citada su traslado goza de plena validez; además el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse de régimen **cuando falte 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez**; que no se demuestra que la demandante haya sido engañada al momento de una decisión desfavorable a sus intereses aún más cuando permaneció en el RAIS aproximadamente 15 años sin realizar ninguna manifestación de inconformidad en cuanto al desempeño de administración del fondo, afianzando su decisión de estar en dicho régimen, por lo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por decisión propia, conforme la firma en el formulario de traslado a Porvenir S.A., sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones, por lo cual el fondo privado es quien debe resolver su situación pensional en el momento oportuno.

2.3. ALEGACIONES FINALES

Dentro del término concedido para presentar las alegaciones de conclusión, conforme lo señalado en el Decreto 806 de 2020, se recibieron los siguientes escritos:

PORVENIR S.A. a través de su vocero judicial, indicó que no se vulneró derecho a la actora por no suministrar información; que no existía en el año 2000 no existía disposición alguna respecto de la información que debía otorgar la AFP a futuros afiliados; que proporcionó una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, por ello, es que la demandante decidió realizar la suscripción del formulario de afiliación con Porvenir S.A., y lo más importante, sin ningún tipo de error, coacción, fuerza o dolo que lograra invalidar dicho acto; que, durante toda la vinculación de contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, lo que permite argumentar que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que las consideraciones presentadas por el juez de primera instancia para imponer la condena en su contra han tenido fundamento en un análisis anacrónico del caso que nos ocupa. Ello es así, porque se pretende que el fondo demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación de la demandante y que fueron desarrolladas con posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y más adelante, por normas tales como el Decreto 2555 del 2010, el Decreto 2071 del 2015 y la Ley 1748 del 2015; que si nos remitimos a la normatividad vigente al momento de la afiliación tal como el Decreto 3466 de 1982, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 e incluso la Ley 100 de 1993, es claro que de ellas no se puede extraer que debía cumplir con un deber de informar tan taxativo como el exigido por el a quo; reitera que proporcionó información suficiente para que su decisión fuera totalmente informada, no obstante, no existe registro documental de la misma toda vez que para esa época las AFP no estaban obligadas a llevar tal registro, por lo que la suscripción del formulario de afiliación, que para la época cumplía con los requisitos

exigidos, debe valorarse como prueba determinante para el cumplimiento del deber de información en cabeza de la entidad que representa.

Insiste en que la afiliación no puede considerarse como suscripción de un contrato sino una mera afiliación, que en segundo lugar los afiliados al RAIS son consumidores financieros, lo que les impone el deber de y obligación de informarse de manera diligente y oportuna conociendo sus expectativas laborales que permiten acceder a un mejor derecho, lo que se escapa de la AFP, que su inconformidad es meramente aritmética que se escapa del fondo, que el valor de la mesada es de acuerdo al ahorro.

*Por último reitera las alegaciones sobre la improcedencia de devolución de gastos de administración, primas de reaseguros de FOGAFIN y primas de invalidez y sobrevivientes, indicando que cumplió con el deber de administración los que generaron rendimientos, que los gastos de seguro fueron trasladados a las aseguradoras durante su afiliación por lo cual tuvo cobertura; que dichos gastos se cubren en el otro régimen, que no incurrió en falta de derecho, no obro de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente; sobre la **prescripción** dijo que con el supuesto vicio u omisión en el traslado el derecho a la ineficacia rigió en el 2000, por lo que no indica que puede reclamarse en cualquier momento puesto que ello no se corresponde con los principios que, como el de la seguridad jurídica, buscan ser protegidos con institutos jurídicos como el de la prescripción de las acciones. Por lo que solicita su absolucón y revocatoria del fallo.*

LA ACTORA solicitó la confirmación de la decisión reiterando las alegaciones de la demanda.

COLPENSIONES básicamente reiteró sus alegatos iniciales, señalando igualmente que en lo que respecta a los presuntos vicios en el consentimiento configurados al momento del traslado al RAIS, con fundamento en la ausencia de una proyección de la mesada pensional, y en la presunta desventaja que comporta para el afiliado recibir una mesada pensional en el RAIS en lugar del RPM; que a diferencia de lo que se plantea en la demanda, tales circunstancias no constituyen vicios en el consentimiento. De un lado porque para el momento de la afiliación no era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría el 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 los reportados en su historia laboral hasta esa fecha; que no se demuestra entonces hasta el momento que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión, más aún, cuando ha permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por muchos años, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este régimen; recalca **sobre la prescripción** que dejó vencer la actora, que ya lleva más de 10 años vinculado en el sistema de ahorro individual y sus beneficios, sin que se ordene el traslado por considerar la no conveniencia de éste; que por otra parte, dentro del expediente procesal no media prueba verídica, absoluta y fehaciente que acredite de forma inequívoca que la información proporcionada por parte del Fondo de Pensiones Privado y que su actuar al momento de realizar la presunta asesoría para efectuar el traslado de régimen pensional, se haya hecho de tal forma que afecte el consentimiento de la parte demandante; que en consecuencia no es procedente aseverar, que dentro del caso media una situación en la cual incide los vicios del consentimiento, contemplado en el artículo 1508 y concordantes del Código Civil, debido a la ausencia probatoria; que así mismo y teniendo en cuenta la edad de la parte demandante, es de señalar **que conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 artículo 2, no es posible efectuar el traslado de régimen toda vez** que se encuentra inmersa dentro de dicha prohibición; que se debe tener en cuenta que COLPENSIONES, es la entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida y en estricto sentido, es la entidad que administra el patrimonio de los afiliados, por lo que debe y tiene la obligación de vigilar y garantizar su custodia, razón que hace que tenga que ser cauta y cuidadosa al estudiar y acceder a las pretensiones incoadas

en su contra en los procesos como el presente, donde no le asiste derecho alguno a la parte que incoa la acción.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Atendiendo que el presente proceso llegó a esta Corporación para ser resuelto también en consulta de la decisión de primera instancia, ante la condena que se impuso a la demandada COLPENSIONES, se revisará la totalidad del asunto.

Aclarado lo anterior, se proponen los siguientes interrogantes como problemas jurídicos:

¿Logró acreditar PORVENIR, que le brindó a la actora una correcta asesoría para que esta tomara la decisión de trasladarse de régimen?

¿Es necesario tener en cuenta el Art. 2 de la Ley 797/2003 que modificó el literal e) del art 13 de la Ley 100/93 para determinar la procedencia o no de la nulidad o ineficacia del traslado?

¿Resulta viable disponer que no se reintegren los gastos de administración y el seguro previsional?

¿Hay lugar a pronunciarse sobre la prescripción de la acción, planteada por PORVENIR y COLPENSIONES, en sus alegaciones finales?

3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y CASO CONCRETO

El primero y segundo problemas planteados, serán estudiados en conjunto por tener el mismo objeto, cumplida tal misión y de ser procedente se verificará el tercero.

La Ley 100 de 1993 unificó el tema pensional en Colombia, disperso en una serie de normas antes de su expedición; salvo las excepciones consagradas en el artículo 279, a partir de su vigencia, servidores públicos y trabajadores particulares estarían en idéntico sistema, la vigencia del pensional se fijó entonces para el sector privado a partir del 1º de abril de 1994 y para el público a más tardar el 30 de junio de 1995, artículo 151.

En virtud del artículo 12 de dicha normativa, surgieron dos regímenes pensionales, solidarios, que coexisten pero que se excluyen entre sí, el de PMPD y el de RAIS.

El artículo 13 dispuso las características del sistema general de pensiones, en sus literales b) y e) señaló:

b) 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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente Ley;

e) Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional;

Esta norma fue modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, quedando en los siguientes términos:

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de

régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. **Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez**

Y; el artículo 271 dispone:

*“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al fondo de solidaridad pensional o a la subcuenta de solidaridad del fondo de 5 solidaridad y garantía del sistema general de seguridad social en salud, respectivamente. **La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**”*

Frente al tema de la ineficacia, la superintendencia solidaria se pronunció en el año 2008 (Resolución 321- 000930 del 17 de marzo) y se ratificó en el 2011 (Oficio 220-104660 Del 08 de septiembre):

“Así las cosas, es entendible que la ineficacia consiste en la sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados.

Es característica especial de la ineficacia que por ministerio de la Ley ante la presencia de precisos vicios en la formación y perfeccionamiento del acto jurídico se produce de manera automática la invalidez del mismo frente a sus destinatarios o terceros, sin necesidad de un pronunciamiento de autoridad judicial que así lo establezca.

En este orden de ideas, el autor de las declaraciones de voluntad, sus destinatarios y los terceros interesados, en el momento y lugar permitido por la Ley, están facultados para desconocer desde su otorgamiento los efectos buscados por un particular acto jurídico al encontrar en su formación y perfeccionamiento alguno de los vicios que como tarifa legal hayan sido señalados de manera previa y formal como causales de ineficacia.”

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente al derecho a la libre escogencia de régimen, específicamente cuando de beneficiarios de la transición se trata, en sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, C- 062 de 2010 y SU 130 de 2013, entre muchas otras, dejó claramente establecido que los beneficiarios de transición por tiempo de servicios que se hubieran cambiado de régimen para el de ahorro individual con solidaridad, podían retornar en cualquier tiempo al de prima media y recuperar los mencionados beneficios de la transición, siempre y cuando – se itera- los tuvieran, por contar con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

También la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado frente al tema del traslado de régimen, en diversas oportunidades¹, concluyendo recientemente

“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

¹ Sentencias: M.P. Eduardo López Villegas, radicado 31989, del 9 de septiembre de 2008. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicado 31314, del 9 de septiembre de 2008, y del 6 de diciembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicado 33083, del 22 de noviembre de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicado 46292, del 3 de septiembre de 2014 y más recientemente en la SL1688/2019, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.”

Agregando la Corte, frente a la carga de la prueba, en esa misma providencia:

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, 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.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, 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 grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

*No queda duda entonces, que le correspondía a **PORVENIR S.A.** en este caso, acreditar que le brindó una asesoría completa a la demandante, que le permitiera tomar una decisión libre, pero sobre todo consciente, respecto a su futuro pensional.*

Esa asesoría no se demostró, afirmar no es probar, y aceptar que la sola manifestación contenida en el formato de afiliación, aquella según la cual, los asesores de las accionadas estaban debidamente capacitados, desconoce la jurisprudencia laboral previamente citada, e incluso la civil, resumido en el siguiente aparte, extraído de una providencia del 12 de febrero de 1980 (GJ CLXVI n.º 2407 (1980-1981) que no por añoso ha perdido su vigencia, en la que se indicó:

“3. Es principio general del derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso, tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el art. 175 del CPC y con cualesquiera otros que sirvan para formar el convencimiento del juez. Esa carga explícitamente impuesta por el Art. 177 ibídem y que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara con afirmar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persiguen, para que éste quedase plenamente establecido en el proceso y el juez convencido de su existencia. La carga probatoria que se comenta pesa sobre la parte que hace una aseveración en un proceso y solo esta dispensada de ella cuando hace una proposición indefinida, un hecho notorio o la existencia de preceptos contenidos en la legislación nacional”

*En este asunto, no se aportaron elementos de juicio distinto al formato de traslado aportado por **PORVENIR**, folio 191 expediente (fl. 1 carpeta), lo que permite concluir por parte de la Sala, que dicha entidad no cumplió con su deber de información y asesoría a la actora.*

Es de anotar que la solicitud que se declare que hubo debida información o consentimiento informado, no se cumplió por la mencionada accionada con tal deber. Así las cosas, como en este asunto, en verdad no quedó acreditado que la señora ANA MILENA GONZALEZ VALDERRAMA recibió la información suficiente para tomar la decisión respecto al traslado de régimen, se confirmará en consecuencia la decisión del fallador de instancia, de declarar la ineficacia del traslado de régimen.

Pero además queda claro, resolviendo de paso la inconformidad de Colpensiones, que no es necesario atender lo contenido en el Art. 2 de la Ley 797/2003 que modificó el literal e) del art 13 de la Ley 100/93, término para trasladarse de régimen, cuando de nulidades o ineficacias en la afiliación se trata.

Ahora bien, sobre el interrogante planteado por PORVENIR S.A., referente a que no se disponga reintegrar los gastos de administración y el seguro previsional, bien es sabido que en virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia laboral, la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que, por disposición legal, se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, dichos rubros no pueden quedar por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados.

Sobre la devolución de los gastos de administración y comisiones, en providencia SL 3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial referida, la Sala estima que fue acertado ordenar a las AFP recurrente, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a la misma, bajo estos mismos argumentos también resulta viable ordenar a la AFP de reintegrar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados en el seguro previsional, siendo todo ello suficiente para confirmar dicho aspecto de la sentencia apelada.

Por último, en lo referente a la prescripción de la acción discutida por las demandadas, se abstiene la Sala de efectuar pronunciamiento, toda vez que dicho punto no fue planteado en las alegaciones iniciales.

Y si en gracia de discusión se admitiera su estudio, bien es sabido que sobre la prescripción de la acción de nulidad, recientemente indicó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1421/2019, que:

“En tratándose de la pretensión encaminada a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional y sus efectos los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre prescripción trienal no aplican, pues aquellas ostentan un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.”

En esas condiciones, se considera la decisión que se revisa por vía de apelación y de consulta, se ajusta a la ley y, en consecuencia, se confirmará la misma.

4. COSTAS

En esta sede, a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES y a favor de la demandante, como agencias en derecho se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, 50% de ese valor para cada una de las accionadas.

5. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No.08 del 15 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), dentro del proceso ordinario laboral propuesto por **ANA MILENA GONZALEZ VALDERRAMA** contra **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, por lo indicado en la parte motiva.

RADICACIÓN: 76-834-31-05-001-2019-00183-01

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR y COLPENSIONES** y a favor de la demandante, como agencias en derecho, se fija el equivalente a un salario mínimo legal vigente, 50% de ese valor para cada una de las accionadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE a su juzgado de origen una vez en firme el presente proveído.

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión mediante fijación en edicto por el término de un (1) día.

CÚMPLASE,

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHÍTA ALZATE
Ponente

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Con impedimento)



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Firmado Por:

Consuelo Piedrahita Alzate
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 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:

7396f403ff1b54728cfc2c6675c2c13b07ec4e21da7909ea89f607c73a9bc7c6

Documento generado en 29/10/2021 04:02:51 PM

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