



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

AUDIENCIA DE FALLO
NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado Ponente

Acta nro. 05

Pamplona, marzo 17 de 2022

Radicado:	54 518 31 12 001 2020 00053 00
Asunto:	SENTENCIA APELACIÓN
Demandante:	NANCY STELLA GARCIA CAICEDO
Demandado:	PORVENIR COLPENSIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Primero Civil/Laboral del Circuito de este Distrito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por NANCY STELLA GARCIA CAICEDO contra tales entidades.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Por conducto de apoderado judicial, NANCY STELLA GARCIA CAICEDO promovió demanda ordinaria laboral¹ contra la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIOS, “PORVENIR S.A” y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, “COLPENSIONES”, para que se declarara la “nulidad” del traslado y de la afiliación realizada en el régimen de ahorro individual, por cuanto, afirma, para ello no existió una decisión informada, autónoma y consciente.

¹ Folio 3 y ss, expediente de primera instancia unificado. Todas las referencias serán respecto a este documento a menos que se indique otra cosa.

Además, para que se ordene la devolución a COLPENSIONES de los aportes, bonos pensionales y sus rendimientos, se falle *ultra y extra petita*, se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos, adujo que nació el 11 de mayo de 1965, que inició cotizaciones al sistema Pensional el 23 de febrero de 1994, a la fecha de presentación de la demanda tenía 850 semanas efectivamente cotizadas y que el 13 de junio de 2003 se trasladó al fondo de Cesantías PORVENIR S.A.

Sobre esta última acción, afirma la actora que se trasladó al fondo de pensiones PORVENIR S.A, pues le señalaron que *“El Seguro Social hoy COLPENSIONES sería liquidado, y de continuar vinculada con la entidad perdería el tiempo cotizado a pensión. Los requisitos del RAIS administrado por las Administradoras de fondos de pensiones son más flexibles, en comparación con los del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES por cuanto, solo era necesario tener 1.150 semanas cotizadas para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. El monto de la mesada pensional sería mejor en las Administradoras de fondos de pensiones del RAIS frente al ISS hoy COLPENSIONES por cuanto, estaría acorde a sus ingresos. Las Administradoras de fondos de pensiones del RAIS daban rendimientos en comparación con el ISS hoy COLPENSIONES por lo tanto, el monto de su pensión sería superior. El asesor de la AFP Protección le indicó a la actora, que podía optar por la devolución de los aportes de toda su vida laboral e invertirlos en lo que quisiera, sin especificarle requisito alguno”*.

Denuncia que los asesores de la AFP omitieron el deber de *“buen consejo”* y de brindar asesoría correcta, teniendo en cuenta la historia laboral, perfil profesional y proyecto de vida.

Señala que mediante derecho de petición de fecha 7 de febrero de 2020, solicitó ante PORVENIR la nulidad del traslado, la cual fue resuelta desfavorablemente por la tal administradora de pensiones en respuesta calendada el 11 de marzo de 2020.

En el mismo sentido, informa que el 1 de julio de 2020 presentó petición ante COLPENSIONES para traslado de régimen, con resultado negativo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Subsanada falencia inicial², el 6 de agosto de 2020 la señora Juez Primero Civil Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda, ordenando notificar y correr traslado a las demandadas³.

La accionada COLPENSIONES dio respuesta oportuna al libelo⁴ manifestando oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones. Aceptó algunos hechos narrados en la demanda y manifestó que no le constan otros por ser una situación ajena a la entidad, indicó que no es procedente el traslado de régimen debido a la edad actual con la que cuenta la actora, que va en contravía con lo estipulado en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, haciendo inviable la petición y propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen y la innominada o genérica.

De otro lado, por medio de auto de 26 de noviembre de 2020⁵, la *A quo* tuvo por “no contestada dentro del término legal al demanda”, en lo que respecta a PORVENIR S.A.

DECISION APELADA

Agotada la etapa probatoria y oídos los alegatos de conclusión, el 30 de junio de 2021 se profirió sentencia⁶ en la que se resolvió “*Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, que se materializó el 14 de junio de 2003 y que como consecuencia de esto, para todos los efectos legales la Actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida*”, y por ende, ordenó a PORVENIR “*trasladar a COLPENSIONES el capital ahorrado y todo lo que hubiere percibido con ocasión de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus rendimientos financieros*”, así como “*las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente*

² Folio 55.

³ Folio 84.

⁴ Folio 94 y ss.

⁵ Folio 304.

⁶ Folio 516 y ss.

indexados, por el período en que la actora permaneció afiliada a esa administradora”, todo ello con la correlativa orden a COLPENSIONES de “recibir a la demandante y los valores ordenados en los numerales anteriores, teniendo como única afiliación de la actora la correspondiente al Régimen de Prima Media”.

Para llegar a tal determinación, la Juez de instancia constató la existencia de una “doctrina probable” (constituida por las sentencias SL-31989 del 2008, SL-12136 de 2014, SL-1421, 1452, 1088, 1689 de 2019 y la SL-1217 de 2021), precedentes que, señaló, exigían a las administradoras el deber de brindar cabal información para que la afiliada tomara una decisión consciente sobre su traslado.

Estimó que para la fecha del traslado a PORVENIR, 13 de junio de 2003, *“conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1°, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003 la administradora de fondos de pensiones debió dar a la Actora la información necesaria, objetiva, transparente, clara y suficiente sobre los dos regímenes pensionales y los efectos que generaba el cambio de régimen que le permitiera elegir la mejor opción para sus intereses, se debió hacer la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, esto es un paralelo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada régimen y de las consecuencias del traslado”,* acción de la que además tenía la carga de la prueba.

Merced al análisis de la prueba, concluyó la *A quo* que *“la información no fue completa porque no se explicaron las posibles desventajas del cambio de Régimen y tampoco se hizo un análisis de la situación concreta de la actora”*

Culminó indicando que la excepción de prescripción que alegó COLPENSIONES no procede, por cuanto el derecho laboral tiene una naturaleza protectora de los derechos del trabajador, y en este sentido, en los derechos atados a la seguridad social como lo es el derecho a la pensión, debe prevalecer el principio de que estos derechos son irrenunciables, y por ende, imprescriptibles.

DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, a través de sus apoderados las demandadas interpusieron recurso de apelación, el que sustentaron en las razones que sintetiza la Sala como se relacionará a continuación.

COLPENSIONES.-

1.- No es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 2 de la Ley 797 del 2003. el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que la Demandante se encuentra a menos de los 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

2.- El traslado es válido ya que se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el Artículo 13, Literal B de la Ley 100 de 1993 y según la Ley 1328 de 2009 Artículo 48 que modificó los literales C y D del Artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

3.- COLPENSIONES no tuvo ninguna intervención al momento de brindarle información a la demandante quien fue de manera reiterativa, libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué Fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía todas las expectativas con los fondos privados.

4.- Solicita se tenga en cuenta la excepción de prescripción, *“de conformidad con el Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía al Artículo 151 Código Procesal Laboral que se establece que el transcurso del tiempo en tres (3) años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado”*.

5.- Rechaza la imposición de costas, pues la entidad *“ha actuado siempre con la creencia, como a efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones y sin incurrir en abusos de parte de sus maniobras engaños”*.

PORVENIR S.A.-

1.- Si bien reconoce la existencia de la línea jurisprudencial expuesta por la *A quo*, considera que *“para el caso de la demandante, al momento en que iba a realizar su traslado del régimen, no estaba renunciando ni generó ninguna pérdida de ningún beneficio pensional porque no tenía ninguno constituido o una expectativa frente alguno de ellos, evidentemente se encontraba bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 para optar a una pensión de vejez conforme a su edad y conforme a las*

semanas que tenía cotizadas al sistema para la entrada en vigencia de dicha ley”, por lo que, “no se le generó un perjuicio al realizar su traslado de régimen porque no renunció ni perdió ningún tipo de beneficio pensional”.

2.- El formulario de afiliación, que la Demandante no tachó de falso, era *el “único documento por escrito que exigía la ley en ese momento”,* por lo que no se le puede hacer *“una exigibilidad adicional a las AFP a efectos de convalidar o considerar informado el traslado de régimen”.* Refiere que no se puede *“hacer una exigibilidad de documentación frente a comparativos frente a criterios de ventajas o desventajas a las Administradoras de Pensiones porque dicha información se realizaba de carácter verbal”.*

3.- Respecto a la prescripción, afirmó que tal debe computársele *“previo a entrar en la prohibición de los 47 años de edad”,* cuando la Demandante *“se enteró de la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, propiamente porque le convenía más estar en dicha Régimen Pensional, es en ese momento donde empieza a correr claramente el término trienal respecto a que la demandante se enteró de la inconveniencia de estar en el Régimen de Ahorro Individual”,* además, consideró que hubo ratificación *“cuando la demandante con posterioridad a darse cuenta que la conveniencia es más óptima en el Régimen de Prima Media y sigue realizando aportes obligatorios a la AFP que represento, sigue con su permanencia activa”.*

4.- Respecto de la condena a restituir los gastos de administración, afirmó que *“desconoce en algún aspecto la buena gestión que se realizó por parte de mi representada de los aportes... cuando estuvo cubierta también a las contingencias de invalidez y sobrevivencia frente al pago de primas de seguros, primas que fueron sufragadas por parte de mi representada a la aseguradora correspondiente y que son efectos y pagos por rubros económicos que ya no hacen parte del patrimonio de mi representada y que conlleva una afectación directa al patrimonio”,* y para el efecto, también trae a colación “concepto” de la Superintendencia en que consagró que *“la declaración de la ineficacia del traslado no puede conllevar a la devolución del porcentaje de los gastos de administración porque conlleva un efecto que va contrario a la ley porque la misma Ley 100... facultó a todas las Administradoras de Pensiones para generar estos cobros frente a la gestión que han realizado por la vinculación y por la administración de los aportes del afiliado”.*

TRASLADO DECRETO 806 DE 2020

En la correspondiente oportunidad, los apoderados de las demandadas reiteraron los argumentos expresados en audiencia, en la forma como se sintetizará a continuación.

COLPENSIONES⁷.

1.- Realza el *“principio de sostenibilidad financiera”*, a su juicio afectado por las restituciones ordenadas por la primera instancia, canon que, afirma, *“representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva”*.

2.- Afirma igualmente que la *“afiliación del demandante al RPMPD y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga la parte actora respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad de la afiliación del RAIS”*, que el traslado de la Demandante se realizó *“voluntariamente y de manera directa y ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 artículo 13 E...en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita”*.

3.- Señala que *“la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES, por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado, solicitado por la actora, toda vez que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse”*.

⁷ Folio 58, expediente de segunda instancia.

4.- Hace consideraciones sobre los vicios del consentimiento, afirmando además que *“las AFP deben dar cuenta de que documentan de forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”,* concluyendo que *“Firmar un contrato implica asumir obligaciones, y para que una persona pueda obligarse debe dar su consentimiento libre de vicio”.*

5.- Se opone a la condena en costas procesales, por cuanto *“a la parte accionante no le asiste derecho se ha obrado de buena fe, con apego al derecho y no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en éste hasta hoy fecha, por lo cual, incursa (sic.) en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse”.*

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.⁸-

1.- No se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

2.- Con base en el principio de *“inescindibilidad de las normas”*, cuestiona que *“se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato”,* en la misma línea, plantea que tampoco sería declarable el traslado como ineficaz, debido a que *“el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto”.*

⁸ Folio 61, ibid.

3.- Señala que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es *“un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo”*.

4.- Expone que *“tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código (Civil), esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado”*.

5.- Indica que PORVENIR S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, *“conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte”*.

6.- Ratifica que PORVENIR *“cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 18 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual”*, lo que constituye, bajo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, *“la verificación de la voluntad del afiliado”* (Rad. 47236 del 06 de abril de 2016).

7.- Argumenta que *“no es viable imponerle cargas distintas a mi representada, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos”*.

8.- Luego de exposiciones normativas, concluye que *“no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino (sic.) se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza”*.

9.- Retoma el salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso, en la que éste señaló que *“2. Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que <<sin importar si se tiene uno un derecho consolidado, si se tiene uno un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*.

CONSIDERACIONES

Competencia de la Sala.-

El numeral 1º del literal B del artículo 15 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorga competencia a las salas laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, para desatar la alzada formulada contra las sentencias proferidas por los jueces con categoría de circuito.

Caso concreto. -

1.- Trata el caso actual sobre la anulabilidad del traslado entre regímenes pensionales (simultáneos pero excluyentes), que en su momento se realizó desde el de prima media (en este caso concretado en COLPENSIONES) al de ahorro individual con solidaridad (administrado para el caso por PORVENIR S.A).

Ello se solicita judicialmente debido a que, tal cual lo manifestó PORVENIR S.A. en respuesta a derecho de petición, la Accionante, *“está inhabilitada para trasladarse, pues se encuentra a menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez que es de 57 años para las mujeres”*⁹, lo anterior, con base en lo consignado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala que *“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”*¹⁰.

2.- En doctrina consolidada, la Sala Laboral del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria señaló el deber que tienen los administradores de pensiones de informar con transparencia y buena fe a sus afiliados (o aspirantes a serlo):

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.

⁹ Folio 34 y ss.

¹⁰ Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

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.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que *“se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”*, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión

no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña¹¹.

Nótese cómo para el caso la carga de la prueba fue trasladada del demandante a la administradora pensional, criterio reiterativamente expresado por la Alta Corte, quien ha manifestado que las administradoras de Fondos de pensiones *“deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos **opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado**. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”¹².*

3.- En un enfoque que desborda la normatividad de seguridad social, además la Corte Suprema de Justicia fundamentó el mismo deber de información transparente desde el Decreto 663 de 1993 (*“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”*), capítulo 13 (*“del régimen de la información financiera y comercial”*), y el artículo 97 (*“información”*), numeral 1:

1. Información a los usuarios. Modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003 . 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 y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

*Negrilla y subrayado fuera de texto

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Radicado 31989 de 9 de septiembre de 2008. *Negrilla y subrayado fuera de texto.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1452 de 2019. Regla jurisprudencial identificable no sólo en la sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, sino además en la CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018. Negrilla fuera de texto.

El Texto original de la norma, modificado por la Ley 795 de enero 14 de 2003, vigente al momento del traslado de la Demandante realizado el 13 de junio de 2003, también establecía una obligación de suministrar información “*necesaria*” para lograr “*mayor transparencia*”:

1. Información a los usuarios. 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 mercado¹³.

Cabe concluir entonces que contrario a lo afirmado por PORVENIR S.A, desde su origen las AFP tenían la obligación de transparencia e información necesaria:

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 existido¹⁴.

El mentado criterio de “información necesaria”, fue referenciado así por nuestra Corte Suprema de Justicia:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información *necesaria* en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «*a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*»¹⁵.

Con respecto al de transparencia, manifestó la alta Corporación que

Dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «*los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,*

¹³*Negrilla fuera de texto.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 1452 de 2019.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 373 de 2021.

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019)¹⁶.

De los anteriores extractos se deduce sin dubitación que la obligación de brindar información necesaria y transparente, atribuible a las entidades financieras para con sus usuarios (y la demandada PORVENIR S.A. lo es), **se concreta poniéndole de presente al afiliado una comparación (“parangón” lo llama la Corte), suficiente para que el afiliado contraste, pondere y sopesa sus diferencias, para con base en esa ilustración comprenda y asuma con conocimiento de causa sus “consecuencias y riesgos”. En ese derrotero, la información referente a un solo régimen, no es suficiente para suplir las cargas antedichas¹⁷.**

4.- Por lo tanto, la tarea de la Corporación es establecer si fue demostrado que con antelación a la realización del traslado de la Demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, la administradora PORVENIR S.A. cumplió con la carga de transparencia e información suficiente, por medio de la cual Aquélla pudo comprender cabalmente el espectro de consecuencias de su decisión, o tal cual lo dijo la Corte, si consta habersele puesto de presente una comparativa que conjuntivamente expusiese las ventajas y desventajas de hacerlo.

5.- Se tiene por probado que la demandante NANCY STELLA GARCIA CAICEDO, nació el 1 de mayo de 1965¹⁸, es decir, que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 55 años, que al momento de presentación de la demanda había acreditado la cotización de 858 semanas¹⁹, y que como consta en el formulario de “*solicitud de vinculación o traslado*” de PORVENIR S.A., tal cambio fue solicitado desde el régimen de prima medida el 13 de junio de 2013.

Como primera medida, debe considerarse que, como lo sostiene la jurisprudencia²⁰, tal documento, la “*solicitud de vinculación o traslado*”, no es suficiente para acreditar el consentimiento informado.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno”. *Ibíd.**

¹⁸ Archivo 03EscritoDemandaAnexos (fl. 10) cuaderno electrónico de primera instancia enviado por el aplicativo OneDrive.

¹⁹ Folio 15.

²⁰ *“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1452 de 2019.*

De igual manera, los comunicados de prensa incorporados por PORVENIR (a través de los cuales acreditó la implementación de una campaña masiva referida al cambio de régimen pensional²¹), no están en capacidad de demostrar haber sido vehículos efectivos de ilustración a la Demandante, principalmente porque abordaron un aspecto puntual, cual fue que la Ley 797 de 2003 autorizaba por una única vez a trasladarse entre los regímenes del Sistema General de Pensiones a quienes el 28 de enero de 2004 les faltasen 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, publicaciones que a lo sumo habrían indicado la posibilidad de reubicarse, pero que no consignaron información alguna sobre las ventajas o desventajas de hacerlo, que es el hecho que, según la jurisprudencia, aquí debe evaluarse.

6.- Si bien la demandada PORVENIR afirmó que la asesoría de traslado fue verbal, la Demandante refirió que *“En ningún momento me dieron ninguna asesoría, yo no recibí asesoría de nadie porque cuando me afilié, me afilió el registrador, fue el que me hizo firmar un documento en la Registraduría municipal de Chinácota cuando trabajaba como supernumeraria”*, aclarando que *“el registrador para poderme posesionar me hizo firmar unos papeles entre esos estaba el del fondo de pensiones, pero a mí nunca se me asesoró de que iba a ser afiliada era a PORVENIR, o sea, yo firmé porque tenía que firmar porque el registrador me dijo que firmara para poderme posesionar como supernumeraria”*.

Adujo que posteriormente, en el 2011, al dirigirse a PORVENIR le informaron que en esta AFP podría pensionarse con 1.150 semanas de cotización y que en COLPENSIONES correspondía a 1.300 semanas obteniendo la misma mesada pensional, por lo tanto, que le sería más conveniente continuar cancelando los aportes a la misma, constituyendo ésta la única asesoría que le han brindado.

Por su parte, la declaración de BELÉN YOLANDA LAGUADO no proveyó información relevante a la actuación, habida cuenta que no tuvo conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo se efectuó el traslado del fondo COLPENSIONES al fondo PORVENIR que hizo la demandante²².

Rememorando que para el caso, según la consolidada línea jurisprudencial referida, la carga de la prueba correspondía a las demandadas, quienes en su ejercicio

²¹ Folio 454 y ss.

²² *“PREGUNTADO. ¿Es decir que usted estuvo presente cuando se realizó el traslado? CONTESTÓ. No doctora, no. PREGUNTADO. ¿Usted presencié las circunstancias bajo las cuales? CONTESTÓ. No, no presencié, pero vengo a ser testigo de lo por la situación mía, por lo que yo viví de lo que ha pasado con ella, es una situación muy igual a la mía”*. Archivo 36VideoAudienciaArt80Parte1. (10mm) cuaderno electrónico de primera instancia enviado por el aplicativo OneDrive.

probatorio no acreditaron el aspecto crucial señalado por la Corte Suprema de Justicia, cual era la cabal realización de una contrastada exposición entre los dos regímenes, y que en el interrogatorio de la demandante no se propició confesión en el mismo sentido, y por el contrario, ésta negó haber sido asesorada, es claro para esta colegiatura que no se demostró que NANCY STELLA GARCIA CAICEDO hubiese sido tributaria de la información necesaria para tomar una decisión informada y proporcional a las trascendentales consecuencias que asumía, y las ganancias y pérdidas que podía afrontar, a pesar de que, como lo exige la jurisprudencia nacional, *“resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras”*²³.

Merced a ello, es inevitable confirmar la decisión de la *A quo* que declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional, dado que, a diferencia del consolidado precedente de esta Corporación²⁴, el ejercicio probatorio no demostró la existencia de un conocimiento satisfactorio y suficiente de la Demandante para tomar una decisión informada.

7.- Sobre la devolución de los gastos de Administración, alegada por el apoderado de PORVENIR, ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

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

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1689 de 2019.

²⁴ Sentencia de 15 de noviembre de 2018, Radicación: 54-518-31-12-001 2017-00089-01.

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 demandada²⁵.

Sólido criterio jurisprudencial que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos:

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)²⁶.

8.- Respecto a la excepción de prescripción, baste decir que, como es pacífico en la jurisprudencia sobre la materia, no puede darse en el caso de traslado entre regímenes pensionales:

Frente a la excepción de prescripción, ha de indicarse que las accionadas argumentan que desde la fecha en que la actora conoció su situación, hasta aquella en que propuso la demanda, transcurrió el término prescriptivo de tres años consagrado en el artículo 151 del CPTSS. Sobre el particular, la Sala considera que la acción de «*ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible*». (CSJ SL688-2019). En efecto, sin hesitación alguna, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y las obligaciones que surjan de ellos²⁷.

9.- Respecto a la apelación de las costas procesales por parte de COLPENSIONES, quien en búsqueda de su exoneración puso de presente su “buena fe”, anclada en su imposibilidad legal de acceder a lo solicitado por la demandante, debe señalarse que según el artículo 361 CGP²⁸, aquéllas “*están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*”, y , que además para el caso ordena el artículo 365-3 *ejusdem* que “*En la providencia del superior que confirme en todas*

²⁵ Sentencia, Radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008.

²⁶ Citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4360 -2019, citada en SL 638 de 2020.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 556 de 2022.

²⁸ Pertinente por la aplicación analógica señalada en el artículo 145 CPL.

sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.

Cumplíendose los presupuestos fácticos para dar aplicación a las previsiones normativas referidas, que aluden a la generación de gastos merced a que en el procedimiento se rituó la segunda instancia a iniciativa también de COLPENSIONES, se condenará a las demandadas a pagar conjuntamente la suma de un (1) salario mínimo legal vigente a título de costas, incluidas agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la decisión emitida por el Juzgado Primero Civil/Laboral del Circuito el día 30 de junio de 2021, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta Providencia

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a las Demandadas a pagar conjuntamente un (1) salario mínimo legal mensual vigente, incluidas agencias en derecho.

TERCERO: DEVOLVER, en su oportunidad, la actuación al Juzgado de origen.

Providencia discutida y aprobada en sala virtual realizada el 17 de marzo de 2022.

NOTIFIQUESE



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - N. De Santander

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:

e66e2b73a3820a57dc12aa6eb17943affc470bee86b3ba51387e279b5833e0cd

Documento generado en 17/03/2022 11:55:07 AM

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