



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TRASLADO DE FONDO DE PENSIONES – DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES: Deber del buen consejo y deber de la doble asesoría.

Siguiendo esa línea, dos (2) son los deberes que de manera recíproca ha desarrollado la jurisprudencia en afinidad con el deber de información: (i) el deber del buen consejo y (ii) el deber de la doble asesoría; el primero desarrollado por el Decreto 2241 de 2010, incorporado por el Decreto 2555 de 2010, desarrolló este deber como aquella exigencia, que implica previo certificado 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 perjudicarlo; el segundo, como aquel requerimiento que obliga a ambos regímenes pensionales a brindar asesoría clara, completa y expresa. En relación al desarrollo jurisprudencial y normativo referido con anterioridad, en el sub examine, es claro, que tanto a AFP PORVENIR S.A como a COLPENSIONES les asistía la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado, en este caso, al señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, realizando un juicio de conveniencia, mediante un paralelo entre cada uno de los regímenes, exponiendo características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado, circunstancia que no se probó en el curso del proceso.

INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO DE PENSIONES – LA FIRMA DEL DEMANDANTE ES INSUFICIENTE PARA PROBAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: La firma en el formulario da fe de un consentimiento, pero no acreditan que el mismo sea informado.

Así es como la Sala advierte que no es de recibo el argumento planteado por el recurrente de la AFP PORVENIR S.A que plantea la hipótesis de que el demandando se asesoró previamente por un tercero y de esta manera se acercó con un formulario sobre el cual se otorgó por un funcionario de la entidad el trámite legal correspondiente, argumento que resulta insuficiente ya que da fe de un consentimiento, pero no acreditan que el mismo sea informado.

INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO DE PENSIONES – PARA QUE PROCEDA LA INEFICACIA DEL CAMBIO DE RÉGIMEN PENSIONAL NO SE EXIGE QUE AL TIEMPO DEL TRASLADO EL USUARIO ESTÉ PRÓXIMO A PENSIONARSE: Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP.

De acuerdo a lo anterior, considera necesario la Sala hacer una aclaración frente al razonamiento de ambos recurrentes, según el cual, el cambio de régimen pensional no es procedente, como quiera que la ley lo prohíbe de manera expresa; tal argumento es equivocado, puesto que, ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO DE PENSIONES – IMPOSIBILIDAD DE NEGAR LA DEVOLUCIÓN DE MONTO DE DINERO POR HABER SIDO DESTINADO A LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LA PRIMA DE SEGUROS PROVISIONAL: Las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad deben devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Finalmente, debe advertir la Sala que al petición elevado por la PORVENIR S.A. tendiente a que no se le ordene devolver el monto de dinero destinado a los gastos de administración y la prima de seguros provisional, por cuanto, se prestó un servicio a favor del afiliado por parte de la Aseguradora y por la AFP esta llamada a fracasar, esto, porque la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha adoctrina que las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad deben devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues, tales recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz debieron entrar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Septiembre, veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO:	Ordinario Laboral - Oralidad
RADICACIÓN:	15759-31-05-001-2018-00446-01
DEMANDANTE:	JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES PORVENIR S.A.
JUZGADO ORIGEN:	Primero Laboral del Circuito Sogamoso
Pv. APELADA:	Sentencia del 19 de agosto de 2020
DECISIÓN:	Confirma
DISCUSIÓN:	Aprobada en Sala No. 29 del 27 de agosto de 2021
Mg. PONENTE:	LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

Se ocupa la Sala de resolver los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS “PORVENIR S.A”. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Sogamoso el 19 de agosto de 2020.

1.- SÍNTESIS DE LA DEMANDA.

El señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A.-, con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Las pretensiones de la demanda, se fundamentan en los hechos que a continuación se sintetizan:

-. Indicó que nació el 9 de noviembre de 1956 y el 21 de Febrero de 1977 se afilió al régimen de pensiones del fondo de prima media con prestación definida que en su momento lo administraba el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.

- Manifestó que laboró con CEMENTOS ARGOS S.A antes CEMENTOS PAZ DEL RIO desde el 2 de mayo de 1998.

- Arguyó que a la fecha de vinculación laboral con el mencionado empleador estaba en el régimen de prima media con prestación definida y que en ningún momento formalizó solicitud de traslado de régimen pensional.

- Subrayó que CEMENTOS ARGOS S.A. en forma unilateral determinó realizar las cotizaciones de pensiones al Fondo Privado de Pensiones AFP PORVENIR, ello, sin tener en cuenta que él se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

- Reclacó que al momento de la vinculación laboral con CEMENTOS ARGOS S.A, no diligenció ni firmó formato de traslado a PORVENIR S.A.

- Dijo que el 8 de mayo de 2017 le solicitó a PORVENIR S.A copia del formulario de su afiliación y traslado de régimen, ante lo cual, PROVENIR expedió una copia del formulario con fecha de diligenciamiento 15 de junio de 2000, siendo el funcionario responsable, la representante de la AFP PORVENIR, Regional 6, Zona 1 Director 88, Asesor 36334445.

- Adujo que el formato tiene inconsistencias como la fecha de recaudo que se registra como el 9 de mayo de 1988, sin que para esa fecha existiera documento idóneo de traslado.

- Relievó que PORVENIR S.A, para subsanar la “irregularidad” y habilitar la cuenta pensional y sin que mediara intención real y formal de traslado de régimen le indujo a firmar un formulario, el cual no fue firmado por el empleador y tampoco reposa copia del mismo en CEMENTOS ARGOS.

- Manifestó que en ningún momento recibió capacitación, ni orientación formal y legal de PORVENIR S.A. sobre ese traslado.

- Expusó que el 5 de junio de 2012, COLPESIONES aprobó la novedad de traslado a PORVENIR S.A desde el 1 de agosto del año 2000.

- Declaró que, el 30 de agosto del año 2018, le solicitó a COLPENSIONES se pronunciara acerca de la validez del traslado y sobre el cobro de las cotizaciones efectuadas por la AFP PORVENIR S.A en el periodo de mayo de 1998 a julio del año 2000, empero, dicha entidad no se pronunció al respecto, salvo para aludir que el

traslado fue realizado bajo libertad de escogencia y que si el formulario no fue firmado debe probarse tal circunstancia ante la autoridad judicial.

-. Afirmó que, el 10 de septiembre de 2018 presentó reclamación ante PORVENIR S.A. tendiente a dejar sin efecto el traslado de régimen de pensiones, obteniendo como respuesta que la solicitud de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó por inscripción al formulario el 15 de junio del año 2000.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

2.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, a través de su apoderado judicial, al momento de contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, es una norma de alcance nacional que debe ser conocida por todos los ciudadanos, por lo que los asesores del régimen de ahorro individual que abordaron en un primer momento al demandante cumplieron con lo preceptuado en la ley respecto del formulario de afiliación, expresándole en forma clara lo allí consignado por lo que el señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA, *“tomó la decisión de trasladarse del régimen con la información allí suministrada, por lo que medió su plena voluntad y por ello no es dable alegar la ignorancia como excusa.”*

Afirmó en gracia de discusión que, si el demandante no se encontraba de acuerdo con los lineamientos del RAIS debió permanecer para aquella data en el régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, que el demandante no hizo lo contrario, no solicitó traslado o su intención de regresar al régimen de prima media con prestación definida por más de 18 años que estuvo en el régimen de ahorro individual.

Refirió que el traslado se realizó el 15 de junio del año 2000 y que el goza de plena validez al haberse mantenido en dicho régimen y recibiendo información periodica sobre los rendimientos de su capital ahorrado como lo señala la AFP PORVENIR S.A.

Expresó que únicamente los afiliados con 15 años de servicio o más cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden regresar al Regimen de Prima Media con Prestacion Definida,

conservando los beneficios de la transición, beneficios que en este caso no ostenta el demandante.

En cuanto a las excepciones mérito propuso *“el error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción de la acción y la excepción genérica o innominada”*.

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

La AFP PORVENIR S.A., mediante apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, señalando que no existió vicio del consentimiento al momento de realizar el acto jurídico de cambio de régimen pensional, porque ni la AFP PORVENIR S.A. ni la AF del fondo que provenía faltaron al deber de información respecto al demandante.

Aseveró que no se puede dejar sin efecto un acto que a todas luces fue válido porque el demandante a la fecha de la solicitud de traslado era una persona capaz de obligarse y, por ello, firmó el formulario como señal de aceptación, además, el hecho de que con posterioridad al traslado no se hubieran cumplido las expectativas que tenía en mente el demandante es una situación ajena al fondo ya que es una circunstancia muy personal sobre las aspiraciones económicas.

Como excepciones de mérito propuso *“falta de causa para pedir, cosa juzgada, inexistencia de obligación a cargo de porvenir, inexistencia de obligación de las demandadas, cobro de lo no debido, buena fé, preescrición, prescripción de la nulidad que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, responsabilidad atribuible al demandante, mala fé del demandante y de su apoderado judicial, afectación a la sostenibilidad del sistema financiero, enriquecimiento sin causa o indebido con recursos públicos del sistema general de pensiones y la excepción genérica o innominada”*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido en audiencia el 19 agosto de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado N° 01395481 del 15 de junio de 2000 del señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA C.C. 3.068.978 de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

ONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con NIT. 800.144.331-3.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hagan parte de lo cuenta de ahorro individual del señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA, dineros que deben incluir los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes voluntarios con sus frutos o rendimientos según lo dispuesto en el Art. 1746 de, C.C., y sin realizar descuentos por cuotas de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES NIT. 900.336.004-7, recibir sin solución de continuidad al señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA, dentro del régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: Se niegan las excepciones propuestas conforme a lo motivado.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, en favor del señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA. El Juzgado liquida las agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente por cada una.

SEXTO: Contra esta providencia procede el recurso ordinario de apelación consagrado en el Art. 66 del C.P.L

SÉPTIMO: Envíese el expediente en el grado jurisdiccional de consulta ante el superior jerárquico de conformidad a lo previsto en el Art. 69 del C.P.T.S.S., al ser el Estado garante de los recursos de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

OCTAVO: En firme la presente sentencia expídanse las copias a la parte que las solicite.”

El A-quo determinó la ineficacia del traslado del régimen de ahorro con solidaridad individual al régimen de prima media con prestación definida en razón a:

- Que se realizaron aportes al fondo privado sin el debido sustento legal.

- Arguyó que al demandante no se le informó acerca de algún traslado de régimen pensional y, si bien en mayo del 2000 aparece firmado un formulario que la entidad demandada intenta hacer ver como soporte del traslado, éste es, ambiguo, ya que da cuenta de un traslado de cesantías y no de régimen pensional, situación que demuestra la omisión en el deber de información.

-. Citó la Sentencia Rad. No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, referente a un afiliado que a la fecha de traslado de régimen contaba con 58 años de edad y una densidad de cotización de 1.286, por lo cual, se consideró que tenía una expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen anterior y que por ello su traslado traía consecuencias negativas que no fueron informadas por la administradora en un acto de información previo a su traslado, decretándose la nulidad de esa traslación y, en consecuencia, la conservación del régimen de transición y el reconocimiento pensional descrito. Planteó que la sentencia también señala que las administradoras de pensiones son un patrimonio autónomo, propiedad de los afiliados, en quienes la Ley radica el deber de gestión de los intereses de quienes a ella se vinculen, de cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización del traslado o la afiliación, y que la AFP surge mediante la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas que resulten confiables con particularidades que las ubican en el campo de la responsabilidad profesional, imponiéndoles el deber de cumplir especialmente con las obligaciones previstas en el Decreto 656 de 1994 con suma diligencia, prudencia y pericia, además de todas aquellas que se le integraron por la fuerza o naturaleza de las mismas como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, de igual forma indicó que, las administradoras de pensiones tienen una serie de obligaciones de las que debe surgir la buena fé, la transparencia, la vigilancia y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional de manera completa y comprensible en materia de alta complejidad, con prudencia así como el alcance de orientación prudencial al afiliado, aunado a que cuando se trata de asuntos con consecuencias mayúsculas y vitales como la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información y, como emanación del reglamento de seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo indicando las condiciones y situaciones de conveniencia.

4.- RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la determinación precedente, las entidades demandadas interponen recurso de apelación argumentando lo siguiente:

4.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, a través de su apoderada judicial, censura la decisión solicitando su revocatoria, teniendo en cuenta que el demandante nació el 9 de noviembre de 1956 y, que a la

fecha tiene 62 años, por lo que, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003 que determina que cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieron 15 años cotizado a la entrada en vigencia del Sistema de Pensiones.

- Iteró que la ignorancia de la Ley no es un pretexto para alegar la ineficacia del traslado, ya que el paso del tiempo (18 años) implica la aceptación del demandante de las condiciones que gobiernan sus derechos pensionales.

- Refutó la condena en costas, por cuanto COLPENSIONES actúa en el presente como tercero, y el fallo tiene efecto *inter partes*.

4.2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A.-

PORVENIR S.A., por intermedio de su apoderado, propone el recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad el fallo argumentando que el demandante suscribe un formulario de vinculación de pensión que comporta dos acápite, el primero de ellos, el de cesantías que indica la afiliación inicial y el fondo sobre el cual pertenecía y, el segundo acápite, indica todo lo relacionado con el fondo de pensiones.

- Refutó la afirmación del Juzgado en lo que respecta al deber de asesoramiento, por cuanto, la Ley 100 de 1993 preceptúa que si es voluntad del afiliado pertenecer al fondo de pensiones, el fondo dará trámite a la solicitud de afiliación, acontecimiento que ocurrió en este caso cuando se acercó con el formulario en mención.

- Aseguró que con el fallo se están contrariando las normas laborales, comoquiera que, no se puede realizar el cambio de régimen pensional al estar el demandando a portas de recibir su pensión.

- Manifestó que la AFP PORVENIR realizó las gestiones administrativas necesarias en apoyo con un tercero que se vería afectado, en este caso, un seguro de previsión para obtener los rendimientos financieros, por lo que devolver dichos recursos a COLPENSIONES, conformaría un enriquecimiento sin justa causa y causaría un detrimento patrimonial a la aseguradora. Para soportar su argumento citó el comunicado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia el 17 de enero de 2020, con radicado N° 2019152169003000 que indica que los gastos de administración y la prima de seguros provisional no deberán ser devueltos en

caso de declararse la ineficacia del despido, ya que se prestó un servicio a favor del afiliado por parte de la Aseguradora y por la AFP.

5.- DEL TRASLADO A LAS PARTES PARA ALEGAR.

5.1.- DEL TRASLADO A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" describió el traslado para alegar a través de su apoderada, oportunidad en la que reiteró la pretensión esbozada con el recurso de apelación y los argumentos allí expuestos, asimismo, recalcó que el demandante al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 15 años cotizados al sistema, al igual, que declarar la ineficacia del traslado sería transgredir lo estipulado por el Legislador en la Ley 797 de 2003.

- Citó y comentó algunas sentencias proferidas por las altas cortes.

- Aludió que es inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto, no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones.

- Finalmente, solicitó no condenársele en costas, ello, porque su actuar ha sido de buena fe, además, porque COLPENSIONES es un tercero dentro del presente asunto.

5.2.- DEL TRASLADO A PORVENIR S.A.

Al describir el traslado para alegar, PORVENIR S.A., a través de su apoderado judicial, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, no se accedan a las pretensiones del demandante, ello, al considerar que desvirtuó la tesis del señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ, puesto que, demostró que el traslado de un régimen pensional a otro fue producto de la libre escogencia, además, porque se le brindó una información amplia y detallada.

Por otra parte, aludió que el *A quo* desconoció las responsabilidades de los afiliados descritas en el artículo 4 del Decreto 2241 del 2010, al igual, inaplicó lo preceptuado en el artículo 230 de la Constitución Política.

Asimismo, citó la aclaración de voto efectuado por el H. Magistrado JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN dentro de la sentencia Rad. No. 68852 del 3 de abril de 2019.

Finalmente, citó algunas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia.

6. CONSIDERACIONES

6.1 PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los argumentos de los recursos, le corresponde a la Sala establecer, la viabilidad de nulitar el traslado de régimen pensional que efectuó la AFP PORVENIR S.A., de modo que el demandante recupere el antiguo régimen, o si por el contrario, en este caso media prohibición en contrario.

6.2 CASO EN CONCRETO.

Advierte la Sala desde este momento que acoge la decisión del Juez de Primera Instancia, teniendo en cuenta los siguientes presupuestos legales: *i)* El deber de información a cargo de las administradoras de Fondos de Pensiones, *ii)* La firma del demandante es insuficiente para probar el consentimiento informado y, *iii)* Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario esté próximo a pensionarse.

6.2.1. DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.

El Sistema de Seguridad Social en Pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

Es pertinente dejar en claro, la prestación de un servicio público esencial, como lo es la administración de los ahorros de los afiliados al RAIS, por parte de entidades privadas implica restricciones y deberes especiales y es que de acuerdo con el literal b) del artículo 13 la Ley 100 de 1993, los trabajadores tienen la opción de elegir libre

y voluntariamente aquel de los dos regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, éste puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En ese aspecto la jurisprudencia ha explicado que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, presupone *conocimiento*, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta naturaleza, y es así como la Corte Suprema expone que no puede alegarse:

“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una siempre expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron, clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.¹

Siguiendo esa línea, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP, en su artículo 97, numeral 1, a su tenor literal refiere:

(...) “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.” ...(...)

Por su parte, encaja aludir que la Ley 795 de 2003 recalcó en su artículo 23:

*(...) “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 mercado y **poder tomar decisiones informadas**” ...(...)* *Negrilla fuera del texto.*

Es pertinente dejar en claro que la Ley 1328 de 2009, literal c, en su artículo 3, detalló:

¹ CSJ – SCL, SL121136 DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2014, RADICADO Nº 46292 M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON.

“(…) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”...(…).

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce a detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el servicio que adquiere; por tanto, las informaciones incompletas que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre un futuro son inaceptables.

Siguiendo esa línea, dos (2) son los deberes que de manera recíproca ha desarrollado la jurisprudencia en afinidad con el deber de información: **(i)** el deber del buen consejo y **(ii)** el deber de la doble asesoría; el primero desarrollado por el Decreto 2241 de 2010, incorporado por el Decreto 2555 de 2010,² desarrolló este deber como aquella exigencia, que implica previo certificado 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; el segundo, como aquel requerimiento que obliga a ambos regímenes pensionales a brindar asesoría clara, completa y expresa.

En relación al desarrollo jurisprudencial y normativo referido con anterioridad, en el *sub examine*, es claro, que tanto a AFP PORVENIR S.A como a COLPENSIONES les asistía la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado, en este caso, al señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ SEGURA elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, realizando un juicio de conveniencia, mediante un paralelo entre cada uno de los regímenes, exponiendo características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado, circunstancia que no se probó en el curso del proceso.

6.2.2. LA FIRMA DEL DEMANDANTE ES INSUFICIENTE PARA PROBAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL19447-2017 explicó:

“[...] Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual consolidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]”. Negrilla fuera del texto

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

Así es como la Sala advierte que no es de recibo el argumento planteado por el recurrente de la AFP PORVENIR S.A que plantea la hipótesis de que el demandando se asesoró previamente por un tercero y de esta manera se acercó con un formulario sobre el cual se otorgó por un funcionario de la entidad el tramite legal correspondiente, argumento que resulta insuficiente ya que da fe de un consentimiento, pero no acreditan que el mismo sea informado.

6.2.3. PARA QUE PROCEDA LA INEFICACIA DEL CAMBIO DE RÉGIMEN PENSIONAL NO SE EXIGE QUE AL TIEMPO DEL TRASLADO EL USUARIO ESTÉ PRÓXIMO A PENSIONARSE.

Al respecto la Corte Constitucional en Sala de Casacion Laboral, ha recordado que:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov.2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.³

³ CSJ SL., 8 junio.2019 rad. 68838 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

De acuerdo a lo anterior, considera necesario la Sala hacer una aclaración frente al razonamiento de ambos recurrentes, según el cual, el cambio de régimen pensional no es procedente, como quiera que la ley lo prohíbe de manera expresa; tal argumento es equivocado, puesto que, ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por *incumplimiento del deber de información*.

Finalmente, debe advertir la Sala que al petición elevado por la PORVENIR S.A. tendiente a que no se le ordene devolver el monto de dinero destinado a los gastos de administración y la prima de seguros provisional, por cuanto, se prestó un servicio a favor del afiliado por parte de la Aseguradora y por la AFP esta llamada a fracasar, esto, porque la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha adoctrina que las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad deben devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues, tales recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz debieron entrar al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, lo anterior, fue expuesto por la H. Corte de la siguiente manera,

“La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).

En esa medida, habrá de adicionarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen⁴

En razón a lo hasta aquí analizado, a esta Magistratura no le queda otro camino que CONFIRMAR LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA, aunado a no evidenciar prosperidad respecto de los argumentos dados por los apelantes.

7. - COSTAS

Por las resultas del proceso, esta sala condenará en costas a las entidades recurrentes y a favor del demandante, por lo tanto, se fijaran como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal vigente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

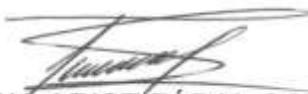
FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso el 9 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las entidades recurrente, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

TERCERO: DEVOLVER el expediente ante el juzgado de origen para que continúe con el trámite correspondiente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4062-2021, Rad. No. 88322 del 8 de septiembre de 2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Magistrada