



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No. 112

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA 09 DE SEPTIEMBRE DE 2022, QUE EMITE SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL RADICACIÓN No. 15238 31 05 001 2021 00104 01.

DEMANDANTE(S) : ROCIO PÉREZ.
DEMANDADO(S) : COLPENSIONES Y OTROS.
FECHA SENTENCIA : SEPTIEMBRE 09 DE 2022.
MAGISTRADO PONENTE : Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARIA DE LA SALA UNICA POR UN DIA (1) HÁBIL, HOY 12/09/2022 a las 8:00 am, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del Edicto.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy 12/09/2022 a las 5:00 p.m.

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	1523831050012021-00104-01
CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ROCIO PÉREZ
DEMANDADA:	COLPENSIONES Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA
APROBADA	Acta No. 123
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

A los ocho (8) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), los Sres. Magistrados integrantes de la Sala Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO (con ausencia justificada) y, Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA, quien la preside, discutieron el siguiente proyecto:

1.- PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 1523831050012021-00104-01 adelantado por ROCIO PÉREZ.

Abierta la discusión se dio lectura al proyecto, el cual es acogido por unanimidad. En constancia se firma,


GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente


EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada

Con ausencia justificada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	1523831050012021-00104-01
CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ROCIO PÉREZ
DEMANDADA:	COLPENSIONES Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA
APROBADA	Acta No. 123
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., contra la sentencia proferida el 29 junio de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama, en la que concedió las pretensiones de la demanda y condenó en costas a Porvenir y Colfondos.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

En los hechos de la demanda se afirma que la señora ROCÍO PÉREZ se afilió al régimen de pensiones públicas de “prima media con prestación definida” del Seguro Social el 4 de enero de 1990.

Que el 1° de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A., fecha en la que no se cumplía el término legalmente establecido para el traslado del régimen, por lo que el mismo no podía surtir efectos jurídicos.

Posteriormente, en septiembre de 1996 se afilió a la AFP Colfondos, donde se encuentra actualmente vinculada.

Al momento de vincularse a Porvenir y trasladarse de régimen pensional, no recibió por parte de esa entidad la asesoría e información clara, comprensible y oportuna acerca de las diferencias e implicaciones de orden legal y jurídico, riesgos y consecuencias que el mismo conllevaría, especialmente frente a la liquidación de su futura mesada pensional. Por ello, el 19 de enero de 2018 elevó petición ante Colfondos para que dispusiera su regreso como afiliada a Colpensiones, pero fue resuelto negativamente el siguiente 30 de enero.

Posteriormente, el 24 de abril de ese mismo año instauró ante Porvenir solicitud de nulidad de su afiliación al RAIS, misma que fue resuelta de manera desfavorable el 18 de mayo del mismo año.

Por último, presentó una acción de tutela contra Colfondos y Colpensiones, en la que se vinculó a Porvenir, con el fin que se ordenara el traslado de régimen pensional, amparo que fue denegado el 17 de septiembre de 2018, bajo el argumento que la actora debía acudir a la vía ordinaria.

Con base en lo anterior pretende: i) se declare nula la vinculación y posterior traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) se declare nula la posterior vinculación de Porvenir a Colfondos; iii) se ordene a Colfondos, restituir a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante, sus correspondientes rendimientos y el valor del bono pensional en el evento de haberlo recibido, junto con sus intereses y/o indexación y; iv) se condene a las demandadas al pago de costas y gastos procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda, se pronunció frente a los hechos, se opuso a las pretensiones y, propuso excepciones de mérito que denominó “*Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia del derecho y la obligación, Error de derecho no vicia el consentimiento, Imposibilidad del traslado, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Cobro de lo no debido, Buena fe de Colpensiones, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, Enriquecimiento sin justa*

causa, Improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, Conmutación pensional, Prescripción, Prescripción de la acción, Innominada o genérica”

Por su parte, **PORVENIR** en igual sentido contestó la demanda, se pronunció frente a los hechos, se opuso a las pretensiones y, propuso excepciones de fondo que denominó *“Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena Fe”*.

A su vez, **COLFONDOS** respondió la demanda, emitió pronunciamiento en relación con los hechos, se opuso a las pretensiones y, propuso las siguientes excepciones de mérito: *“Buena fe y Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado”*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del 29 de junio de 2022, el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama, profirió sentencia en la que ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado de la señora ROCIO PÉREZ el 12 de septiembre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a las motivaciones dadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, los bonos pensionales, y lo recaudado por comisiones y gastos de administración, debidamente indexados durante todo el tiempo que ROCIO PÉREZ permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora ROCIO PÉREZ efectuando la actualización de su historia laboral.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas. Sin condena en costas frente a COLPENSIONES por lo señalado en la parte motiva.

SEXTO: Como la sentencia que se profiere es desfavorable a COLPENSIONES, se debe enviar en CONSULTA al Honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, así sea apelada esta sentencia...”.

Lo anterior, luego de realizar un estudio y hacer referencia a las disposiciones jurisprudenciales recientes que sobre el punto ha previsto la Corte Suprema de Justicia, para concluir que ni Porvenir ni Colfondos acreditaron en el proceso, que al momento del cambio de régimen efectuado por la demandante, le hubieran dado información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales, lo que conlleva a que dicho acto debe declararse ineficaz, en virtud de lo cual las cosas deberán volver al estado inicial, es decir, las entidades Porvenir y Colfondos, deberán trasladar a Colpensiones los recursos financieros generados y los gastos de administración.

En relación con la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, advierte que no está llamada a prosperar en atención el criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto existe un nexo de causalidad con el derecho irrenunciable de seguridad social.

IV.- RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, las entidades demandadas interponen recurso de apelación en los siguientes términos:

4.1.- COLPENSIONES

Señala que en el presente asunto la demandante se trasladó al fondo privado Porvenir de manera consciente y voluntaria, y que, pese a que no se le hubiere informado de las ventajas y desventajas al momento del traslado, debe tenerse en cuenta que la demandante tiene unos deberes como afiliada como son informarse, utilizar los mecanismos de divulgación, emplear atención y cuidado adecuado; además, su silencio se entiende como una decisión consciente.

Adicionalmente, precisa que dichos actos jurídicos de traslado se encuentran inmersos en un contrato bilateral, por lo tanto, existen obligaciones recíprocas, y la ignorancia de la ley no sirve de excusa para pagar un total descuido y la falta de información no conlleva a una ineficacia de traslado.

En ese sentido, solicita se revoque la sentencia proferida y se nieguen todas y cada una de las pretensiones.

4.2.- PORVENIR S.A.

Fundamenta sus reparos en los siguientes puntos:

- En relación con la presunta omisión al deber de información, indica que sí se le brindó una información de carácter necesario, pero que, de acuerdo a lo confesado por la señora Rocío Pérez, su traslado de régimen fue una decisión libre y voluntaria, cumpliendo así con lo establecido en el art. 60 y 114 de la Ley 100 de 1993, pues fue la misma demandante quien ratificó su permanencia al realizar años después un traslado de carácter horizontal a otro fondo de pensiones como Colfondos S.A., por una orden o consejo brindado por quien fungía para ese entonces como gerente o jefe de la empresa donde ella realizaba labores, es decir, debe partirse que fue la demandante quien decidió trasladarse y asumir todas las contraprestaciones del caso.

- La misma demandante confiesa que el motivo central de trasladarse al RPM no obedece a una omisión del deber de información sino a que existe una proyección de mesada pensional en la cual según ella y su dicho, en Colpensiones resulta superior al del fondo de pensiones Porvenir, y esa no es una causal o requisito para declarar ineficaz el acto de traslado.

- La demandante tuvo varias oportunidades para retornar al RPM con su derecho al retracto, pero no lo hizo por negligencia o ignorancia del sistema, pero insiste que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa.

- La demandante contó con múltiples oportunidades para corroborar y ampliar la información otorgada por los fondos de pensiones, pues fueron más de 25 años en los cuales nunca realizó ningún tipo de requerimiento, para luego alegar que existió una omisión al deber de información; además, para la data

no existía ninguna obligación de dejar algún tipo de soporte, documento, prueba o evidencia de la cual se pudiera demostrar que se le brindó la información de carácter necesario conforme a las reglas del Decreto 663 de 1993 respecto del traslado del régimen pensional, por cuanto solamente era de contenido mínimo, ya que las exigencias y obligaciones en cabeza de los fondos de pensiones, nacieron con la expedición del Decreto 2555 de 2010, así como el Decreto 2071 de 2015.

- Sobre la devolución de los emolumentos por la aplicación del régimen de ineficacia traído por analogía, según la jurisdicción civil -art. 1746 de C.C.- el régimen de nulidades debe ser con restituciones mutuas, pues la jurisdicción ha señalado que para el cumplimiento de dicho artículo debe aplicarse necesariamente el art. 964 ibidem, esto es, la restitución de los frutos, que para el caso son los emolumentos, aspecto frente al cual debe diferenciarse la buena o mala fe con que se haya efectuado en el momento del acto de traslado del régimen, que en el presente asunto quedó demostrado que no se actuó de mala fe, no se logró demostrar el acto doloso o mal intencionado por parte del fondo de pensiones Porvenir en cabeza de su asesor o promotor comercial, y de lo cual, es huérfano de prueba en cabeza de la parte demandante, al no demostrar esa mala fe, cuando lo que se presume es la buena fe

- Frente a los gastos de administración que se ordenan ser devueltos, por cuanto hacen parte del régimen de ahorro individual conforme a lo señalado en el art. 20 de la ley 100/93, en el mismo se indica que nunca han hecho parte del ingreso base de liquidación para la fijación de la pensión de vejez, pues esta se financia con el 10.5% del IBC y el 3% es con destinación en el RAIS. Bajo ese contexto, advierte que la actora cuenta con el beneficio de amparo y cobertura de invalidez o muerte y siempre ha sido así, por lo que, dicho beneficio y sumas de dinero hacen parte de la financiación de pensión de vejez y no podrían de ninguna manera ser devueltas, por cuanto, reitera, se encuentra beneficiada por esta póliza colectiva de seguro previsional, y a su vez, como no son dineros sujetos del derecho de carácter pensional, se les aplicaría el fenómeno de la prescripción.

Por lo expuesto, solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida, y se haga un análisis para su aplicación y devolución.

4.3.- COLFONDOS S.A.

Solicita se revoque la sentencia por las siguientes razones:

- La entidad informó de manera adecuada y completa a la demandante con anterioridad a su vinculación a Colfondos, sobre las condiciones bajo las que operaba el RAIS, lo cual se hizo mediante un asesor, que es la persona indicada de explicar tales condiciones al momento de tramitar la solicitud de cada persona, tal y como quedo acreditado con la documental allegada, dado que para el momento del traslado no era obligación dejar un certificado o un medio probatorio con el cual se estableciera todo lo expresado en ese momento, acerca de las ventajas y desventajas de la afiliación. Además, al momento de suscribir el formulario de afiliación, a la demandante se le dejó constancia que su elección era de forma clara, de manera libre, espontánea y sin presiones, pues incluso del formulario se puede extraer de manera expresa y literal que: *“la voluntad de selección y afiliación, hago constar que la selección del rais la he efectuado de manera libre, voluntaria y sin presiones y manifiesto que he elegido a la compañía colombiana administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos para que administren mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdad”*.

- La afiliación prevista por la entidad y la demandante se ajusta a la ley, y contiene la información requerida para tal efecto, igualmente lo presupuestado en el art. 13 de la ley 100/93, vigente para la fecha en la cual la demandante aceptó trasladarse a ese régimen.

- La actora tenía la capacidad idónea y el entendimiento de poder establecer el hecho o el acto que estaba relacionado con la solicitud de vinculación, no solo a la AFP Porvenir sino también a la AFP Colfondos, pues tenía que ver con sus aportes al sistema de seguridad general de pensiones, igualmente tenía el conocimiento y la obligación de cumplir con todo lo que presupone el estatuto del sistema financiero del Decreto 663 de 1993, donde se ha establecido que los potenciales consumidores financieros tienen unas obligaciones en las cuales, como el caso de la demandante, deben indagar al momento de cada una de las asesorías y preguntar lo que no se explicó e informó en su totalidad.

- Colfondos ha cumplido con todas las obligaciones impuestas y establecidas por la ley estatutaria y la jurisprudencia.

- Al momento de ese tipo de asesorías, la Ley no exigía para tal efecto un soporte documental, o cualquier medio de prueba que soportara la misma.

V.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- Parte Demandante: Guardo silencio

5.2.- Partes Demandadas: Se pronunciaron de la siguiente manera:

5.2.1.- Colpensiones: Señala que a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito con PORVENIR, así como la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante, deberán probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga el accionante por parte de un Juez de la República, respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías correspondiente.

Así mismo, que conforme lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se señala: *“(...) 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 (...)”*, razón por la cual, teniendo en cuenta que el 13 de mayo de 2021, fecha de la admisión de la demanda, la demandante contaba con 56 años, en consideración a que nació el 23 de mayo de 1967, deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia apelada.

5.2.2.- Porvenir S.A.: Solicita se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en consideración a que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR S.A., cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con mi representada.

Así mismo, cabe señalar que en virtud de su condición de afiliada, la relación entre el demandante y la administradora del RAIS fue de carácter administrativo y esta se manifiesta en varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une a la usuaria con la administradora de pensiones y sus prestaciones, sin que de ninguna manera pueda concluirse que frente a la afiliada existe una posición dominante que inexorablemente coloca en una mejor situación a la AFP al momento de materializarse la vinculación. Esto, encuentra razón precisamente en el hecho de que no se está discutiendo un contrato y de allí que no sea posible negociar las condiciones y efectos de la afiliación que están impuestos desde las normas de orden público, particularmente, desde la norma que regía el deber de información para la fecha del momento de traslado.

5.2.3.- Colfondos S.A.: Guardo silencio

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como los presupuestos procesales concurren a plenitud en este proceso, y no se observa causal de nulidad que deba ser declarada de oficio o puesta en conocimiento de las partes para su saneamiento, la decisión será de fondo o de mérito.

6.1.- Del grado jurisdiccional de consulta.

El grado jurisdiccional de consulta está previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, como una institución procesal independiente de los recursos propiamente dichos, que tiene como finalidad garantizar los

derechos del trabajador cuando la sentencia le ha sido totalmente adversa, o la defensa del patrimonio de la Nación, pues propende por la realización de objetivos superiores como son la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial.

Así pues como quiera el grado de jurisdiccional de consulta no es un medio de impugnación, el superior jerárquico del juez que ha proferido la sentencia, se encuentra habilitado para revisarla o examinarla oficiosamente, y de este modo corregirla si existen errores, con el fin de lograr certeza jurídica y el juzgamiento justo¹, que es a lo que en esencia se contraerá el estudio de la Sala en esta oportunidad.

6.2.- Problema Jurídico

En el presente evento, corresponde a la Sala determinar: i) si la demandante tenía derecho a que se declarara la ineficacia del traslado y se ordenara el traslado de PORVENIR S.A. y COLFONDOS a COLPENSIONES. En caso de ser procedente el mismo; iii) si PORVENIR y COLFONDOS S.A. deben trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, los bonos pensionales, y lo recaudado por comisiones y gastos de administración durante el tiempo que permaneció en el RAIS.

6.3. Del Traslado de Régimen

Lo primero que ha de decirse, es que 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 propósito, 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).

¹ Corte Constitucional, sentencia T-389 del 22 de mayo de 2006 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

En ese sentido, es importante aclarar que 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 les convenga y ajuste a 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 ídem, 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*”. SL 782-2021

En el mismo sentido, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993-, aplicable a las AFP, señala en su artículo 97, numeral 1° que:

“Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas...”

Por su parte, la Ley 795 de 2003 reseña en su artículo 23 lo siguiente:

"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...”

En el mismo orden, la Ley 1328 de 2009, contempla en su artículo 3, literal c:

“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.

Bajo ese contexto, se tiene que existen dos obligaciones que de manera bilateral ha desarrollado la jurisprudencia en relación con el deber de información: **i) el deber del buen consejo**, que fue desarrollado por el Decreto 2241 de 2010 e incorporado por el Decreto 2555 de 2010, e 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; y **ii) el deber de la doble asesoría**, considerado como aquel requerimiento que obliga a ambos regímenes pensionales a brindar asesoría clara, completa y expresa.

En ese sentido, y de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial y normativo expuesto en precedencia, se tiene para el caso que tanto a PORVENIR como a COLFONDOS, les asistía la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a la afiliado, en este caso, a la señora ROCÍO PÉREZ, elegir con conocimiento, entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajustará 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 por parte de las entidades mencionadas.

De otro lado, se advierte, respecto al valor probatorio de los formularios de afiliación suscritos entre las AFP y la potencial afiliada, que la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando, sostiene que ese documento por sí solo, no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, ni es suficiente para probar el consentimiento informado, como pretenden hacerlo ver las demandadas PORVENIR y COLFONODS. En ese sentido, la Corte ha explicado:

“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 con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

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.”
(SL 19447-2017)

En ese orden, se advierte que el similar argumento expuesto por PORVENIR y COLFONDOS, en el que aseveran que la demandante sí tuvo la asesoría pertinente y tenía conocimiento de las implicaciones del cambio y por ello firmó cada uno de los formularios de traslado, no resulta de recibo para esta Sala, ya que, resulta insuficiente para acreditar su postura como argumento defensivo, pues si bien puede significar el consentimiento de la actora, no es suficiente para acreditar que el mismo haya sido informado como lo exige la norma, desde la antesala de la afiliación, momento en el que se debe mostrar los pros y contras de la decisión trascendental a tomar.

Asimismo, de lo señalado en el interrogatorio practicado a la demandante ROCÍO PÉREZ, aquella señaló: *“yo trabajo en la empresa de servicios públicos de Duitama, en ese entonces yo estaba recién ingresada a la empresa, y llego un asesor de Porvenir y el gerente nos hizo una reunión y nos dijo que le colaboráramos al señor con la afiliación, uno en ese momento pues en el interés por su trabajo, y la mayoría*

no le vimos inconveniente y él nos pasó un formato que cada uno firmamos, y nos afiliamos de esa manera, pero nunca se nos explicó las ventajas y desventajas que podíamos tener con el cambio (...) pues, libre y voluntaria como tal no, porque en ese momento a uno le daban la orden, el gerente del momento decía colaboren con mi amigo que está laborando en esto, pero en ningún momento nos reunieron para decirnos el manejo de la pensión, que ganábamos o perdíamos y pues a mí en el momento no se me ocurrió preguntar (...). En curso del interrogatorio, cuando fue cuestionada por el motivo o razón por la cual posteriormente se trasladó a Colfondos, señaló: “llegó un nuevo jefe, y tenía sus amigos, sus amistades y también llego, no sé, de pronto a pedirle ayuda, el si no nos reunió, nos dijo que era un señor que estaba iniciando en esa empresa entonces que, si queríamos colaborarle, que le colaboráramos, en ese momento éramos como 42 funcionarios”. Sobre la información ofrecida por los asesores de Colfondos y las ventajas de afiliarse a la entidad, precisó que le indicaron: “que estaban trabajando en Colfondos, una nueva empresa y querían que les colaboráramos (...) no señor, en ese momento estábamos en horario laboral, llenamos los requisitos del formulario (...) a lo mucho cinco minutos, lo que nos demoramos llenando el formato”.

En este punto resulta importante advertir que no es solo del interrogatorio del que se concluye la falta de información, como erróneamente lo sugieren las entidades recurrentes, pues es un principio universal del derecho que nadie puede constituir su propia prueba; sin embargo lo que lleva a esa conclusión, es la ausencia de pruebas presentadas por PORVENIR y COLFONDOS, pues al invertirse la carga de la prueba, a quien le correspondía demostrar el acatamiento de la Ley, era a las Administradoras pensionales y como ello no ocurrió, debe presumirse que la obligación fue incumplida.

Ahora bien, se precisa que para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional, no afecta que para el momento del traslado el usuario esté próximo a pensionarse como lo alega Colpensiones.

En ese sentido, la Corte Constitucional -Sala de Casación Laboral-, ha señalado que:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable² 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

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, frente a los argumentos expuestos en la apelación, según los cuales, el cambio de régimen pensional no es procedente por prohibición expresa de la Ley, es equivocado, puesto que, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen ni han establecido que se deba contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por *incumplimiento del deber de información*.

En relación con el alegato del régimen de nulidades en que insiste el apoderado de Porvenir en su recurso, reitera esta Sala lo mencionado por la Juez de instancia, al señalar que la Corte Suprema ha sido suficientemente clara al explicar que cuando se cuestiona la validez del acto de traslado, el estudio debe partir desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas -art. 1746 CC-⁴. Lo anterior, en razón a que, bajo ese criterio, la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado.

De otra parte, alega Colpensiones que la demandante tenía unas obligaciones como afiliada, tales como informarse, utilizar los mecanismos de divulgación, emplear atención y cuidado adecuado; no obstante, se reitera que de acuerdo a la postura claramente sentada de la Corte, la obligación de información no está en cabeza de la demandante y afiliada al régimen, pues quien tiene la carga y deber de proporcionar de manera clara y completa la información, es la AFP al momento de gestionar el traslado o vinculación al fondo.

² CSJ SL 31989, 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 SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019.

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

⁴ CSJ SL3199-2021

A su vez, Porvenir precisa en sus argumentos del recurso que la demandante confesó la verdadera razón por la cual deseaba regresar al RPM de Colpensiones, que no era otra que mejorar su mesada pensional. En ese sentido, no encuentra esta Sala que lo señalado por la actora en su interrogatorio tenga alguna consecuencia diferente a la declaratoria de ineficacia del traslado, pues es a penas normal que una situación sea la consecuencia de la otra, pues fue justamente la falta de información de las consecuencias pensionales, lo que conllevó a la demandante a la solicitud de nulidad e ineficacia de traslado, al darse cuenta que su mesada pensional podría verse afectada al encontrarse en ese régimen, como bien lo afirmó en su interrogatorio, circunstancia a penas lógica dada la forma en que se dieron sus afiliaciones a los Fondos Pensiones de Porvenir y Colfondos.

También señala que contó con varias oportunidades para corroborar y ampliar la información recibida por el asesor de la entidad, pero se reitera que tal y como se mencionó frente el alegato de Colpensiones, el deber y obligación de información está en cabeza de la AFP y no en la afiliada, razón por la cual no es de recibo pretender que sea ella la que deba buscar información adicional o corroborar la misma.

En cuanto a la buena fe que dice se presume por parte de la entidad, se advierte que no se está afirmando lo contrario, pues en el asunto lo que se demostró es la omisión en la que se incurrió al momento de brindarle asesoramiento a la demandante para su traslado, sin asegurar que la misma se presentó con mala fe o dolo, simplemente se obvió cumplir con las exigencias propias de este tipo de traslados y vinculaciones, y su consecuencia no es otra que la declaratoria de ineficacia de ese traslado.

Por último, y como uno de sus argumentos de apelación, afirma Colfondos que para el momento en que se hizo el traslado a esa AFP no era obligatorio dejar algún certificado o medio probatorio para demostrar la información ofrecida a la afiliada; sin embargo, se reitera, la postura de la Corte ha sido enfática en precisar que en este tipo de asuntos la carga de la prueba se invierte y le compete a la entidad demandada acreditar y demostrar que no incurrió en tal omisión de información, carga que no solo puede ser probada con un certificado como lo pretende hacer ver la entidad, pues existen otros medios

probatorio a los que puede acudir con el fin de comprobar y corroborar su dicho, de manera que, si no logra desvirtuar la manifestación de la demandante, no habrá otra resolución diferente a obtener la ineficacia aquí decretada y ordenar el traslado de régimen pensional.

En ese orden de ideas, concluye esta Sala que los argumentos expuestos por las entidades demandadas no son de recibo, ya que ninguno de ellos cuenta con una razón valedera que justifique la omisión en la se incurrió.

6.4. Devolución de Gastos de Administración y Rendimientos Financieros

Para la Sala de decisión, al proceder la declaratoria de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante al RAIS, lo cual conlleva, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia⁵, a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, quiere decir, que es como si ello no se hubiese producido, es decir, como si la accionante hubiere permanecido sin solución de continuidad vinculada al régimen de prima media con prestación definida, implicando esto, que los fondos privados deban devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES.

Sobre el particular, dicha Corporación ha indicado:

“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.”

⁵ Sentencias CSJ SL 2209-2021, SL 2297-2021 y CSJ SL 3719-2021

Así las cosas, queda claro para la Sala, que los argumentos y análisis efectuados por la *A-quo* fueron acertados, las órdenes y condenas proferidas se ajustan a la norma y jurisprudencia sobre el tema, sin que los argumentos expuestos por las entidades demandadas -PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES-, logren trastocar de alguna manera la decisión adoptada.

6.5. Prescripción

Por último, como el *sub examine*, se conoce en grado jurisdiccional de consulta, se precisa en lo concerniente a la prescripción de la acción, encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4025-2021, en la que se reiteró su imprescriptibilidad, en los siguientes términos:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin”.

Por lo expuesto, la sentencia consultada se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada en su totalidad.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada
(Con ausencia justificada)