



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No.049

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 VEINTICINCO (25) DE ABRIL DE 2024 QUE EMITE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL:

RADICACIÓN : 15759-31-05-002-2022-00129-02
DEMANDANTE(S) : NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS
DEMANDADO(S) : AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA : 25 DE ABRIL DE 2024
MAGISTRADO(A) PONENTE : Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARÍA DE LA SALA ÚNICA POR UN (1) DÍA HÁBIL, HOY 26/04/2024 a las 8:00 a.m., 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 la fijación del Edicto.


ROSA ADRIANA DUEÑAS HERNÁNDEZ
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy: 26/04/2024 a las 5:00 p.m.


ROSA ADRIANA DUEÑAS HERNÁNDEZ
Secretaria

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

APROBADO EN SALA DE DISCUSIÓN No. 009

En Santa Rosa de Viterbo, a los veinticinco (25) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, doctores, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL, GLORIA INÉS LINARES VILLALBA y LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, quien preside el acto como Magistrada Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

APELACIÓN SENTENCIA – ORDINARIO LABORAL promovido por NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Abierta la discusión se procedió a dar lectura al proyecto de la referencia, siendo aprobado de forma unánime por la Sala, por lo que se ordenó ponerlo en limpio y pasarlo a la Secretaría de la Sala. Para constancia se firma como aparece.

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Magistrada

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

Abril, veinticinco (25) del dos mil veinticuatro (2024).

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICACIÓN:	15759-31-05-002-2022-00129-02
DEMANDANTE:	NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
Jo ORIGEN:	Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso
Pv. IMPUGNADA:	Sentencia del 2 de agosto de 2023
DECISION:	Modifica
APROBACIÓN:	Sala de Discusión No. 009 del 25 de abril de 2024
Mg. PONENTE:	LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

Se ocupa esta Sala de resolver el grado jurisdiccional de consulta y recurso de apelación incoado por la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso el 2 de agosto del 2023.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DE LA DEMANDA

-El 15 de junio de 2022, el señor NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- con el objeto que se declare,

i) Que la AFP PROVENIR S.A no le informó en debida forma los beneficios, desventajas, consecuencias jurídicas y demás repercusiones que tendría al afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en comparación a los que tenía al estar afiliado al Régimen de Prima Media con prestación definida.

ii) La nulidad de la afiliación realizada a la AFP PROVENIR el 27 de febrero de 2001, a través de la cual, se trasladó del régimen al régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

iii) La vigencia y sin solución de continuidad de la afiliación al Instituto del Seguro Social hoy COLPENSIONES y, además, que mantuvo el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

iv) Se declare el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos pensionales a los que puede tener dentro del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

v) Que tiene derecho a ser indemnizados por los perjuicios sufridos a causa de la indebida asesoría recibida por la AFP PORVENIR S.A.S

En consecuencia,

i) Se condene a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados, al igual, los rendimientos e intereses de los mismos.

ii) Se condene a COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez a partir del 16 de octubre de 2021, además, las mesadas causadas, los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

iii) Se condene a la AFP PORVENIR S.A. pagar la indemnización de perjuicios que hubiere lugar como consecuencia de su indebida asesoría sobre los derechos pensionales que hubiere tenido de mantenerse en el régimen de prima media con prestación definida, al igual, el pago de los demás perjuicios que dicha actuación haya podido ocasionar en mi cliente.

Lo anterior, fue edificado en el marco factico que se sintetiza a continuación,

- Indicó que es médico de profesión y comenzó su vida laboral el 17 de agosto de 1990 en el Hospital San José, realizando los aportes de pensiones al extinto ISS hoy COLPENSIONES hasta el mes de marzo de 2001.

- Manifestó que, desde el 1° de abril de 2001, se produjo el cambio de régimen, pasando del fondo público al privado, donde la asesoría fue de forma verbal, sin la suscripción de ningún tipo de documento (acta, constancia, etc.), sólo se contrajo a la firma del formulario denominado “solicitud de vinculación o traslado”, no existiendo otros documentos que soporten o dejen sustentada la debida asesoría de ese cambio.

- Refirió que PORVENIR S.A., le informó que no era viable el traslado de fondo habida cuenta que se encuentra incurso en la prohibición de traslado de regímenes de que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

- Señaló que La proyección de liquidación emitida por POVENIR S.A., atinente a la mesa pensional oscila en la cantidad de \$2.941.700.

- Indicó que envió petición a COLPENSIONES, con el fin de lograr el cambio de régimen pensional, la cual señaló que no es posible brindar doble asesoría al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse. Asimismo, no fue dable la proyección sobre el monto de la pensión, por lo tanto, no se obtuvo tal valor para compararlo con el PORVENIR S.A.

- Arguyó que es evidente la indebida asesoría en el cambio de régimen que menoscaba los derechos pensionales, toda vez que, la pensión que podría recibir de parte de PORVENIR S.A., corresponde al valor de \$2.941.700 pesos, tal cual lo expone en la simulación que se entregó, en comparación con la posible pensión que podría recibir de COLPENSIONES, que siguiendo lo expuesto en la ley 100 de 1993 y la historia laboral de los últimos 10 años, sería de un valor muy superior a este.

- Sostuvo que PORVENIR S.A., incumplió con los deberes que, como entidad administradora de pensiones, le corresponden respecto a la asesoría que debió realizar, toda vez que, si él hubiese conocido las consecuencias tan nefastas de dicho traslado, no habría efectuado el mismo, constituyendo un claro perjuicio contra los derechos pensionales que le hubiesen correspondido al demandante, de continuar en el régimen en que se encontraba afiliado.

- Refirió que las entidades accionadas se negaron a suministrar la información solicitada de manera clara y oportuna en los distintos derechos de petición que anexo, siendo necesario en el caso de PORVENIR S.A., incoar una acción de tutela

para buscar dicho fin, dejando en evidencia la mala fe que siempre ha predominado de las entidades accionadas y la continuación del menoscabo de los derechos de mi poderdante.

1.2.- TRAMITE PROCESAL

- La demanda le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, Despacho que la admitió el 1° de diciembre de 2022, en consecuencia, ordenó notificar a las entidades demandadas y correrles traslado del escrito introductorio.

La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, mediante apoderado judicial, dio contestación a la demanda, oportunidad en la que, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, el traslado del demandante al RAIS, tiene plena validez y no existe fundamento legal que permita su retorno al régimen de prima media. Además, incoó las excepciones denominadas “*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 S.A., mediante apoderado judicial, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, a considerar que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, que el demandante firmó el formulario y bajo la gravedad del juramento manifestó expresamente que entendía y aceptaba las condiciones establecidas, así como las características que le fueron informadas por los asesores. Aunado a ello, propuso como excepciones de mérito las denominadas “*Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, Restituciones mutuas, Genérica*”.

- El 18 de julio de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, efectuó la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS y el 2 de agosto de 2023, desarrolló la audiencia prevista el artículo 80 del CPTSS, en la cual, una vez

clausurado el debate probatorio y presentadas las alegaciones finales, profirió el fallo respectivo.

2.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido en audiencia del 2 de agosto de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, identificado con C.C. 19.393.042, mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. con fecha 27 de febrero de 2001.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES activar nuevamente la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, que viene vigente desde el 17 de agosto de 1990, sin solución de continuidad; y a efectuar la actualización de la historia laboral del demandante, incluyendo todas las semanas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hará con posterioridad a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a efectuar la devolución íntegra del capital ahorrado, rendimientos financieros y gastos de administración, en la forma como se señaló en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., agencias en derecho en la primera instancia, el equivalente a UN (1) SMLMV”.

La anterior determinación se basó en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- Precisó que, las administradoras de pensiones desde su creación han tenido el deber de brindar información, incluso en la etapa anterior a la afiliación para la escogencia del régimen pensional, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, información que debe ser completa y comprensible al potencial afiliado, para que este pudiera conocer las ventajas y riesgos del traslado.

- Resaltó que se genera engaño por parte de los fondos de pensiones, cuando se omite información y, por tanto, la carga de la prueba frente a la diligencia y brindar la información adecuada, pertinente, clara, se traslada a los fondos de pensiones.
- Manifestó que dentro de la contestación de PORVENIR S.A., no se aportó un medio de prueba documental que evidenciara su deber de información con el señor NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, en cuanto a la debía información, el buen consejo, doble asesoría u algún otro tipo de información, ni existe otro medio de prueba que lo acredite.
- Aclaró que, de la sola la firma de formulario de afiliación no se puede inferir el cumplimiento del deber de información clara y completa al afiliado y menos que, con base en tal información, éste haya tomado la decisión de manera libre y voluntaria de hacer el traslado.
- Señaló que, del interrogatorio del demandante se determinó con certeza que no le brindaron la información suficiente para efectuar el traslado.
- Reiteró que no existe ningún medio probatorio por parte de los fondos de pensiones demandados, que demuestre que le hayan informado al demandante claramente los beneficios, desventajas, diferencias y características de cada uno de los regímenes pensionales, por tanto, la falta de información correspondiente vició el consentimiento del señor CASTILLO CÁRDENAS, su decisión no puede llamarse libre e informada y no puede ser tenido como válido el traslado efectuado.
- Indicó que no ordena la indexación, en cuanto a los gastos de administración, debido a que, de esa manera se produciría un desequilibrio en el sistema general de pensiones y se rompería el mismo, ya que, se le impone a las AFP, además de los recursos recaudados con el ejercicio financiero traducido en rendimientos financieros, la indexación del capital, cuando se sabe que el valor de dichos rendimientos supera ampliamente el valor de la indexación.

3.- DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

Solicita se revoque en integridad el fallo, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado, reiterando que se encuentra en una prohibición legal, si bien un trabajador en virtud al libre derecho a la escogencia del régimen pensional contemplado en la Ley 100 de 1993, puede optar por dos regímenes, el afiliado se encuentra en la prohibición establecida en el artículo 13 de la mencionada ley, ya que, le hace falta menos de los 10 años para pensionarse.

Por otra parte, de accederse a la ineficacia se afectaría el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, la estabilidad financiera se garantiza en la medida que el sistema general de pensiones percibe y mantiene a través de los medios jurídicos y financieros los medios económicos adecuados, que le permiten pagar mes a mes, una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro, el hecho de declarar injustificadamente la ineficacia afecta dicha sostenibilidad y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Respecto al no reconocimiento de la indexación por parte del despacho a cargo de la AFP, para evitar precisamente la descapitalización del sistema pensional, al verse obligada a asumir el pago de carácter vitalicio, se verá afectada por ese motivo, es necesario que se ordené a la AFP, el traslado de la totalidad de los aportes y sus rendimientos y adicionalmente que dichas sumas sean indexadas, para asegurar que los montos no pierdan el poder adquisitivo por el paso del tiempo y en aplicación al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

4.- CONSIDERACIONES

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.

4.1.- PROBLEMA JURÍDICO.

Atendiendo lo expuesto por el recurrente y con el fin de desatar el grado jurisdiccional de la consulta de manera conjunta, esta Sala se ocupará de,

- 1) *Establecer la obligación de información suficiente por parte de las administradoras de fondos de pensiones, al momento del cambio de régimen pensional.*

II) Determinar la carga de la prueba respecto de la información de cambio de régimen pensional y, en caso declararse la ineficacia del traslado, se estudiarán los efectos de la misma.

III) Analizar si con la orden de traslado pensional se afecta el principio de sostenibilidad financiera.

IV) Determinar la procedencia de la fijación de costas procesales.

V) Determinar si en el presenta caso se configuró la excepción de prescripción.

4.2.- CUESTIÓN PREVIA

De manera liminar, esta Sala debe resaltar que resolverá de forma conjunta el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación impetrado contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso.

En este punto, se aclara que en el sub examine el grado jurisdiccional de consulta es procedente pese a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” recurrió la decisión, esto, porque la decisión le es adversa a una entidad de la cual el estado es garante, actualizándose de esa forma la hipótesis contemplada en el inciso 2 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en providencia SL1468-2020 del 21 de abril de 2020, entre otras, sostuvo:

“Sobre la obligatoriedad de la consulta en la entidad demandada, en sentencia del 01 de noviembre de 2017, rad. 69559, se dijo: Bajo los anteriores presupuestos, se tiene que la inconformidad del recurrente se centra en dos aspectos, a saber: de un lado, la procedencia del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, dada su naturaleza jurídica; y por otro, la viabilidad del grado jurisdiccional de consulta, pese a que el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación. Frente al primero de los asuntos habrá de decirse que la demanda inicial, en el presente asunto, se radicó el 16 de julio de 2013, es decir, que para tal data ya se había introducido la modificación del artículo 14 de la Ley 1149/2007 respecto del artículo 69 del C.P.L. y de la S.S., conforme a la cual, «el grado jurisdiccional de consulta debe surtirse cuando las sentencias de primera instancia, ‘fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario [...] si no fueren apeladas’ y cuando ‘fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante» (CSJ STL7382-2015) [negrita del texto]. Esta Sala ha reiterado en diversas oportunidades que en atención al precepto enunciado y luego de su entrada en vigencia, la Nación funge como garante de Colpensiones, por tratarse de una entidad de seguridad social y de derecho público, circunstancia

que hace procedente, en su favor, el grado jurisdiccional de consulta.”

En consecuencia, es deber de esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta, coetáneamente con el recurso de apelación, comoquiera que un actuar disímil impide que las decisiones adoptadas cobren ejecutoria.

4.3.- DEL CASO EN CONCRETO

4.3.1.- EL DEBER DE INFORMACION A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSION.

En preciso resaltar que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social en virtud de la Ley 100 de 1993, como lo reseñó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en distintas sentencias como SL1688-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020 entre otras, al sostener que el deber de información es ineludible, por ende, debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, explicó que las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, este es, brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. Es así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.

Ello comporta especial relevancia puesto que tal traslado trae consigo implicaciones trascendentales para los afiliados, como las diferencias de requisitos legales para acceder a las prestaciones y los términos de causación de éstas, así como la manera en la que podrán disfrutarse. Por ello, se reitera, que es imprescindible el cabal cumplimiento de este deber, pues de lo contrario, podría derivar en afectaciones de gran envergadura para aquellos que participan en el régimen de pensiones como vinculados.

Al respecto, en sentencia SL2877-2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

Así, el contenido de la información que los fondos deben suministrar no puede ser superficial ni abstracta, sino que tiene que supeditarse concretamente a las condiciones de cada uno de los afiliados. En ese orden de ideas, hace parte de los datos necesarios que se deben entregar, entre otros, la posibilidad de que aquellas personas vinculadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que eran beneficiarias del régimen de transición, puedan perder dicha expectativa legítima de acceder a la pensión de vejez conforme a las prerrogativas existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, era requisito sine qua non que la entidad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A le informará al señor NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, que el traslado implicaba la pérdida de prerrogativas propias del régimen de prima media con prestación definida, al igual debía explicarle cuales eran los beneficios de cada uno de los regímenes, hacer una proyección de su posible prestación en uno y otro, con el fin de garantizar que pudiese tomar una decisión certera.

Sobre este requisito, la Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL4343-2019, puso de presente que:

“[...] ocultar dicha novedad representa un agravio para el interesado, al menos, en lo que atañe al simple hecho de no poder decidir con todos los elementos de juicio que rodean su caso particular”

Así las cosas, una vez revisado el material probatorio aportado, se infiere que PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de brindar información completa al señor NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, como era la forma de administración de cada régimen pensional, la posible mesada pensional, los descuentos por administración, el monto mínimo para acceder a la prestación etc., pues únicamente existe la suscripción del formulario de afiliación, con el cual pretende la entidad demostrar el cumplimiento de tal obligación.

En este sentido, es del caso precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha descartado la tesis sustentada en que la firma del formulario, así como las afirmaciones allí estipuladas configuran una afiliación libre, voluntaria y espontánea, puesto que, la suscripción de tal documento no es suficiente para dar por demostrado el deber de información.

Sobre el particular, en la sentencia SL2877-2020, la Sala explicó:

“(...) la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado».

4.3.2. DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA INFORMACION DE CAMBIO DE REGIMEN PENSIONAL

Inicialmente, es necesario resaltar que el demandante NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, en interrogatorio absuelto, manifestó que:

Abogado AFP POSITIVA S.A.: Doctor NÉSTOR CASTILLO, ¿Por qué quiere retornar al régimen de prima media con prestación definida? Contestó –Esto es debido a que fue una captación en la búsqueda de clientes y de incautos, en la que sí voluntariamente firme, en unas condiciones que no fueron las adecuadas, se aprovecharon de la buena fe de las personas, que en ese momento laboraban en el hospital, sin tener una asesoría adecuada, sí firme un papel donde quería hacer el cambio de régimen, pero jamás tuve una doble asesoría o asesoría completa, conocía a la persona que era asesora en Porvenir, me pareció una persona formal, cuando firme fue como a la carrera porque yo estaba en el hospital laborando, y fue una cosa de carrera, que incluso yo firmé un papel, un solo papel, fue solo una sola firma la que se obtuvo, después no me volvieron a llamar, no tuve ni siquiera el papel... después quise pasarme en varias oportunidades pero todo fue verbal, y ellos siempre me decían que no podía, porque ya llevaba tantos años, nunca me hicieron una simulación real, nunca me dijeron la verdad de lo que uno podía ganar o los beneficios que podía obtener, la verdad me siento vulnerado y por eso quiero pasarme de régimen con condiciones un poco más beneficiosas para los trabajadores y en el caso particular para mí (...).

De lo anterior se evidencia que la información otorgada por la AFP, es una información básica y superficial que no permite acreditar con certeza que el demandante haya tenido los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión libre y voluntaria de traslado de régimen pensional; máxime, cuando no se otorgó ninguna información adicional y personalizada al doctor CASTILLO CÁRDENAS, frente a su caso en concreto sobre las ventajas, desventajas, proyección pensional, etc.

Ahora, los documentos arrimados al plenario no resultan suficientes para que se dé por demostrado el deber de información por parte de PORVENIR S.A., pues es necesario que el fondo acredite que la afiliada contó con todos los elementos de juicio necesarios para decidir, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL1688-2019, al reseñar:

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

La anterior postura fue reiterada en la sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021, siendo Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, al exponer,

“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». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó 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, 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).

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales, era deber de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTIAS PORVENIR S.A, probar que le suministro toda la información al demandante de manera completa y veraz y hacer una proyección comparativa de su mesada pensional para

que este tomara la decisión de traslado del fondo al que venía efectuado sus cotizaciones. Sin embargo, no reposa prueba que permita concluir que la decisión adoptada por el señor NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, estuviera precedida de toda la información requerida para tomar una decisión con pleno conocimiento de las consecuencias que implicaba cambiar de régimen.

Y es que, del análisis probatorio no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación definida, por cuanto del formulario de afiliación no se puede establecer si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, los posibles montos pensionales, las consecuencias y beneficios de uno y respecto del otro, ni se hizo una posible aproximación de su pensión en ambos regímenes, por tanto, con dicho documento no puede tenerse por satisfecha la carga de la prueba que atañe a las AFP, por el contrario, el demandante en interrogatorio de parte absuelto recalcó no haber recibido la asesoría adecuada y por ende, no se puede concluir que, la decisión de traslado haya devenido de una decisión libre, voluntaria e informada por parte de la demandante y aún menos que la AFP haya cumplido los requisitos requeridos para la plena validez y eficacia de dicho traslado.

Respecto al formulario de afiliación, es del caso traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1022-2022 Rad. No. 83775 del 23 de marzo de 2022, al indicar:

“En efecto, el formulario de afiliación suscrito por la demandante (folio 39 del Cuaderno del Juzgado) contiene una leyenda pre-impresa en la cual se lee: «HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN», lo cual, como se anticipaba en sede extraordinaria, no permite establecer si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.”

En este orden de ideas, al constatarse la omisión del deber de información por parte de la AFP a NÉSTOR RICARDO CASTILLO CÁRDENAS, de manera previa a diligenciar el formato de solicitud de traslado suscrito el 27 de febrero del 2001,

procederá la Sala a confirmar la sentencia en este punto.

4.3.3.- EFECTOS DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Frente al reproche de Colpensiones recurrente, sobre ordenar a la AFP PORVENIR S.A., devolver los gastos de administración debidamente indexados, puesto que en el fallo no accedió a los mismos, por considerar el A quo, que de esa manera se produciría un desequilibrio en el sistema general de pensiones y se rompería el mismo.

Para la Sala el reparo presentado por la recurrente Colpensiones, resulta procedente, dado que, la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado, es que la afiliación se retrotrae al estado en que se encontraba, lo que implica que los fondos privados deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como los dispone el artículo 1746 del C.C., incluidos los gastos de administración, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras, en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, esta 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.»

Además, es de precisar que dichos emolumentos deben ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones, ya que, son utilizados para la financiación de la pensión de vejez de la parte demandante (SL1688-2019, SL2877-2020, SL3611-2021, entre otras más).

En más reciente oportunidad, específicamente, en la sentencia SL1017-2022, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, expuso:

“... al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las administradoras tienen que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y

comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones SL2877-2020. (Subraya la Sala).

Asimismo, advierte la Sala, que la decisión de primer grado lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que, los recursos que se deben reintegrar a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado en distintas sentencias por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente al tema bajo estudio. SL554-2023, SL1084-2023 y SL075-2024.

De lo anterior, se concluye que Colpensiones, deberá efectuar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aspecto este que se modificará en la sentencia, conforme al reparo de la recurrente Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la misma.

4.3.4.- SOBRE EL POSIBLE QUEBRANTO AL PRINCIPIO DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Frente a este aspecto, la Sala debe advertir que las órdenes impartidas en la sentencia que declara la ineficacia de la afiliación o cambio del régimen pensional del RAIS a COLPENSIONES, se encaminan a que COLPENSIONES se obligue a recibir los recursos provenientes de dicho régimen y resolver una eventual solicitud pensional, de modo que, no puede predicarse que se produzca un perjuicio

económico, toda vez que, la prestación aún no se encuentra consolidada y no se tiene certeza que dicha condición se cumpla, como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en su basta jurisprudencia, entre esta, en la providencia AL4383- 2021, al exponer:

“(..). Al respecto, argumenta que la sentencia impugnada implica que reciba saldos inferiores a los que hubiese cotizado la actora de no haberse afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que es justamente la fundamentación de la demanda. Así, afirma que la decisión genera un detrimento en la sostenibilidad financiera del sistema, pues le toca asumir la diferencia causada a efectos de salvaguardar los derechos de la demandante.

(..). En lo que concierne al interés económico para recurrir en casación, se advierte que el a quo le ordenó a Colpensiones «aceptar el traslado de la señora YUSMEL RUBIO LICONA», decisión que confirmó el Tribunal. Como puede notarse, de esta orden no se deriva que se le haya causado a la entidad un detrimento patrimonial o económico, pues simplemente debe aceptar el traslado. Ello tampoco se advierte de la orden de recibir los aportes, rendimientos del ahorro de la actora y los montos relativos a los gastos de administración indexados. Ahora, las afirmaciones según las cuales recibirá estos rubros en montos inferiores a los que hubiese cotizado la demandante de haber permanecido en el régimen de prima media, carecen de respaldo probatorio en el plenario y, en todo caso, es evidente que Colpensiones las esgrime ubicándose en un escenario hipotético en el que reconocería una pensión de vejez, caso en el cual, a su juicio, deberá cubrir el presunto déficit en lo aportado por la actora y ello acarrearía una afectación a la sostenibilidad financiera. Sin embargo, la situación que cimienta este argumento es, como se anticipó, hipotética e incierta, pues no se sabe si en realidad tal reconocimiento ocurrirá o no, de modo que no puede integrar el valor del interés económico para recurrir que, se recuerda, debe ser cierto y no eventual, y necesariamente tiene que advertirse en la parte resolutive del fallo impugnado, con apego a la conformidad con lo definido en primera instancia. Asimismo, se reitera, la suma gravaminis debe ser determinada o, al menos, determinable en dinero, es decir, cuantificable pecuniariamente (CSJ AL122-2021, CSJ AL923- 2021 y CSJ AL2304- 2021), requisito que conforme se explicó, no se cumple en este asunto.

Y ello es así pues la afiliación implica, por definición, una expectativa pensional, por lo que si se discute la validez del acto de afiliación ello lleva implícito un parámetro objetivo representado en la diferencia económica que se obtiene de lo que podría percibir la persona en el régimen de prima media, para lo cual bien puede acudirse a las afirmaciones de la demanda inicial y, debido al carácter vitalicio y periódico de la pensión, a la probabilidad de vida del afiliado. El caso de Colpensiones es diferente pues su interés económico no está definido objetivamente por el reconocimiento de una pensión. Se reitera que la sentencia impugnada no impuso una condena equivalente ni podría conjeturarse que a futuro ello va a ocurrir, de ahí que este carácter incierto impida involucrarlo en la suma gravaminis, conforme se expuso líneas atrás. No puede olvidarse que, como se explicó en el citado precedente judicial, el interés económico para recurrir constituye un criterio objetivo fijo que depende de los factores determinados y determinables en la sentencia y, en este caso, se

reitera, Colpensiones únicamente está obligada a recibir los recursos provenientes del régimen de ahorro, validarlos en la historia laboral del afiliado y resolver una eventual solicitud pensional que eleve el interesado, de modo que no es dable predicar un perjuicio económico”.

Conforme con el análisis precedente, no es otra la conclusión a la que llega esta Sala de decisión que CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada.

4.3.5.- DE LA PRESCRIPCION

Las entidades demandadas en la contestación propusieron la excepción de *Prescripción*. No obstante, en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado, y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción, no adquiere vida por el transcurso del tiempo; por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo, por ende, se confirma en este aspecto la sentencia. SL1688-2019, reiterada en las SL4360-2019 y SL 1055-2022.

4.3.6.- SOBRE LA FIJACION DE COSTAS PROCESALES

En este punto, debe advertirse que el Código General del Proceso en el artículo 365 señala: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”* luego, al no haber prosperado ninguno de los medios exceptivos propuestos, se condenó a la AFP PORVENIR S.A., la consecuencia era condenarlo en costas, como a bien lo tuvo el A quo.

Aunado a ello, si existe inconformidad frente a la fijación del monto de las agencias en derecho, precisa la Sala que, el escenario natural para dirimir tal controversia, conforme al numeral 5 del artículo 366 de la norma ibidem, es a través de los recursos de reposición o apelación contra el auto que aprueba la liquidación en costas, por tanto, se confirma en este aspecto la sentencia.

Por lo expuesto, se modifica la sentencia en la forma ya expuesta y confirma en lo demás.

5.- COSTAS

Por no encontrarse causadas, no se condenará en costas en esta instancia.

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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Tercero de la sentencia, el cual quedará así:

“Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a efectuar la devolución íntegra del capital ahorrado, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, conforme con la parte motiva de esta sentencia.”

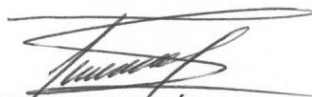
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada y recurrida, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso el 02 de agosto del 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de Origen. Déjese las constancias de rigor.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por EDICTO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada Ponente



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ANGEL
Magistrado



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada