

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL.

Dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado mediante acta No.0108 del 18 de julio de 2023.

RAD: 20001-31-05-001-2020-00146-01. Proceso ordinario laboral promovido por KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR.

1.OBJETO DE LA SALA.

En aplicación de la ley 2213 del 13 de junio del 2022, en su artículo 15, la Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir sobre la apelación incoada por los apoderado judicial de las accionadas a la sentencia proferida 28 de septiembre del 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso de la referencia

2.ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.2. HECHOS.

2.2.1. Manifestó la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ que inicialmente estuvo afiliada a COLPENSIONES, en el régimen pensional de prima media con prestación definida, que posteriormente por situaciones difíciles, fue trasladada a PORVENIR, en el régimen de pensional de ahorro individual, alegó que al momento

de afiliarse no le explicaron en forma didáctica, clara, oportuna, precisa, eficiente y eficaz dicho procedimiento o trámite, así mismo que no los funcionarios no le explicaron los requisitos esenciales, ventajas o desventajas que prestaba la afiliación pensional al régimen de ahorro individual, así mismo que no le explicaron que la pensión no era vitalicia, sino hasta que se agoten los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual.

2.2.2. Que otras de las inconsistencias presentadas por los funcionarios de PORVENIR S.A., fue que no le explicaron de forma clara, pertinente y oportuna, las diferencias existentes entre el régimen de ahorro individual, que no es vitalicia frente al de prima media con prestación definida donde sí es vitalicia, que después de hacer un análisis exhaustivo de que régimen era mejor para ella y su familia realizó reclamación administrativa el 19 de junio de 2020 frente a PORVENIR S.A., manifestando que se trasladaría del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

2.2.3. Indicó que mediante oficio N104, con radicado 0104786014135100 PORVENIR S.A., citando normas jurídicas que no guardaban relación alguna con los tópicos, le manifestó que no era posible trasladarse de régimen. Que del mismo modo realizó reclamación administrativa el 18 de julio del 2020 a COLPENSIONES, que mediante oficio BZ2020_7028047-1478723 del 22 de julio del 2020 respondió que realizaría el trámite de traslado conforme a la sentencia SU 062 del 2010 de la superintendencia financiera de Colombia en circular 019 del 1998 numeral 11, que por ello solicita la nulidad de las afiliación al régimen de ahorro individual por medio de PORVENIR S.A., para ser trasladada a COLPENSIONES que le conceda la pensión bajo el régimen de prima media con prestación definida.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1. Solicita que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., que como consecuencia de ello se ordene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones en pensión y rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ.

2.3.2. Que se ordene a COLPENSIONES una vez recibida la historia laboral con la documentación de la afiliación en pensión de la accionante a proceder el traslado pensional al de prima media con prestación definida, que se condene en costas y agencias en derecho a las accionadas.

2.4. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

2.4.1. COLPENSIONES.

2.4.1.1. Sobre los hechos manifestados, precisó la accionada que reconoce como cierto aquel que señala que la actora comenzó a cotizar en COLPENSIONES según la historia laboral, así mismo que es cierto que la accionante solicitó a la entidad el traslado de régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, pero que no es cierto que COLPENSIONES realizaría dicho trámite solicitado, sino que se le comunicó que debía cumplir unos requisitos, sobre los demás hechos alegó no constarle.

2.4.1.2. Con relación a las pretensiones se opuso a todos, enunciando que carecían de fundamentos legales, en su defensa propuso las siguientes excepciones *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, innominada o genérica”*.

2.4.2. PORVENIR S.A.

2.4.2.1 Frente a los hechos, se pronunció respondiendo que algunos no le constan toda vez que van dirigidos a un tercero, y sobre los demás la tacha de falsos precisando que no están apegados a la realidad.

2.4.2.2. Se opuso a todas las pretensiones y propuso las siguientes excepciones en su defensa *“Prescripción, Buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica”*.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Laboral del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia del 28 de septiembre del 2021, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado por la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ, a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., así mismo ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación e la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, por ultimo declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

2.5.1. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA.

El litigio giró entorno a: *“la legalidad del traslado que la demandante hizo del Régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Administrado por PORVENIR S.A., es decir, sí se procede a declarar la ineficacia del traslado referido y las demás peticiones de condena; o sí por el contrario se deben declarar probadas las excepciones de mérito propuestas oportunamente por COLPENSIONES”*

Con fundamento en su decisión sustentó:

Basó su decisión con lo dispuesto en la sentencia SU-062 del 2010, las instrucciones impartidas por la Superintendencia financiera de Colombia en la circular 019 de 1998, el artículo 1757 del C. Civil, el 167 del CGP, artículo 53 de la ley 100 de 1993 y los artículos 14 y 15 del decreto 654 de 1994, la sentencia SL-463 del 2016, la ley 1581 de 2002. Sustentos normativos y jurisprudenciales que tomó el A-quo para establecer que era responsabilidad del fondo de pensión privado, como lo es en el caso concreto PORVENIR S.A., en la cual recaía el deber objetivo de informar con suma diligencia las consecuencias positivas o negativas del cambio de régimen de la actora, y que era deber del mencionado fondo, demostrar durante el proceso que sí cumplió con dicho requisito primordial, para que la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ realizara el trámite de traslado sin ninguna vicisitud, lo cual, a la luz de la Togada de instancia, no ocurrió por no encontrarse acreditado dentro del proceso, concluyendo así en la nulidad del traslado de régimen.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1. DE LA PARTE DEMANDADA.

2.6.1.1 PORVENIR S.A.

Una vez escuchado su recurso, se tiene que, en resumen, el descontento gira entorno a lo siguiente:

- ✓ Que de conformidad con la sentencia SL 12136 del 2014, la togada de instancia no realizó una debida valoración sobre el formulario de afiliación, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia citada y el artículo 114 de la ley 100/93, no es posible obviarse que el consentimiento informado se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación.
- ✓ Que tal como lo prevé el artículo 1509 del C.C. y la jurisprudencia constitucional C-933 del 2006, no se puede tener la ignorancia de las leyes como excusa, por la consecuencia de un error en derecho que perjudique a la parte quejante, que lo dicho significa que el error de derecho no da lugar a una declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y por lo tanto la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.
- ✓ En resumen, precisó que la actora no cumple con los requisitos.

2.6.1.2 COLPENSIONES.

La pasiva presentó su recurso de apelación en los siguientes tópicos:

- ✓ Precisó la accionada que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100/93, el cual fue modificado por el artículo 12 de la ley 797 del 2003, se tiene que después del año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.
- ✓ Que, al trasladarse de forma libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad de forma libre y voluntaria, produce la pérdida del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100/93.

- ✓ En resumen, precisó que en los términos de la sentencia C-789 del 2002, C-1024 del 2004 y con lo aclarado de la sala plena de la Corte Constitucional, la accionante tampoco cumple con la única condición de poder trasladarse del régimen de ahorros individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, esto es, haber tenido 15 años cotizados hasta el 01 de abril de 1994.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1. DE LA PARTE RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por la ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 21 de junio del 2022, se corrió traslado a la parte recurrente, notificado por Estado 87 el día 22 junio de 2022, para que se presentara sus alegatos, de conformidad con la constancia secretarial del 07 de julio del 2022, se tiene los siguientes alegatos:

2.7.1.1 COLPENSIONES.

La accionada manifestó en sus alegatos, en resumen, lo siguiente:

- ✓ Que conforme a lo dispuesto en el artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años para cumplir con la edad de pensión de vejez que, en ocasión de ello, y en virtud que la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ tenía 54 años para la época de presentación de la demanda, era claro que menos de los 10 años que establecía la ley.
- ✓ Que su traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad fue libre y voluntario, que produce la pérdida del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
- ✓ Trajo a colación la sentencia T168/09 de la Corte Constitucional, que de acuerdo a dicha sentencia y teniendo en cuenta las reglas para el traslado pretendido, se evidencia que la parte demandante no cumple con los requisitos exigidos, que tampoco cuenta con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, es decir al 01 de abril de 1994, para acceder al régimen de transición por tiempo de servicio.

2.7.1.2 PORVENIR S.A.

Sostuvo la pasiva:

- ✓ Que en atención a los presupuestos previstos en el artículo 13, literal E, de la ley 100 de 1993, no es posible concederle a la demandante el traslado de régimen, en razón que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.
- ✓ Que no era beneficiaria del régimen de transición por no contar con 35 años, ni tampoco con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.
- ✓ Alegó que el cambio de régimen de la actora fue de manera libre y voluntaria, que no se incurrió en ningún vicio de su consentimiento.
- ✓ Indicó que ha cumplido con todas y cada una de los presupuestos legales en relación con la vinculación de los afiliados al régimen de pensiones, dando capacitaciones a sus asesores comerciales consistentes en darle las herramientas e información necesaria sobre las características propias del RAIS, con el fin de transmitir las en debida forma.

- ✓ Que, en cumplimiento de sus funciones legales, solicita que se revoque la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, y en consecuencia niegue todas las pretensiones.

2.8 DE LA PARTE NO RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 14 de julio del 2022, se corrió traslado a la parte NO recurrente, notificado por Estado 100 del 15 de julio del 2022, para que presentara sus alegatos, sin embargo, de conformidad con la constancia secretarial del 29 de julio del 2022, sin embargo, se observa que no presentaron los alegatos correspondientes.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la demandada, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo.

3.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los reparos solicitados por los accionados, encuentra esta magistratura que el problema a desatar versa sobre sí:

¿Existió la legalidad del traslado de la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual?

3.3 FUNDAMENTO NORMATIVO.

LEY 100 DE 1993.

Artículo 272. Aplicación preferencial.

“El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia.”

LEY 1328 DE 2009.

Artículo 3. Principios.

“Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

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.”

DECRETO 2241 DE 2010.

Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación.

“Sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección al consumidor financiero, las normas aquí contenidas tienen por objeto establecer los principios y reglas, derechos y deberes que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, en relación con la administración de los fondos de pensiones obligatorias.”

Artículo 2°. Principios.

“Los principios previstos en el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 se aplican integralmente al Sistema General de Pensiones, teniendo adicionalmente en cuenta los aspectos particulares que se desarrollan en los siguientes numerales:

1. Debida Diligencia: *Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.”*

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna: *Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.”*

LEY 1748 DE 2014.

Artículo 2o.

“Las administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual tendrán la obligación de poner a disposición de sus afiliados a través de los distintos canales que dispongan las administradoras y, trimestralmente, a través de extractos que serán enviados al afiliado por el medio que este escoja, la siguiente información:

PARÁGRAFO 1o.

(...) En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.”

DECRETO 2071 DEL 2015

Artículo 3. Modifícase el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 del 2010 el cual quedará así:

“ARTÍCULO 2.6.10.2.3. *Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.”

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

Sobre el deber de informar con suma diligencia en el traslado de régimen: (Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

“(…)El Tribunal cometió los errores que le enrostra la censura, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, que consiste en informar a las personas afiliadas al sistema pensional, de manera clara, cierta, comprensible y oportuna, acerca de las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, limitando la discusión a la existencia o no de un vicio del consentimiento a la luz del código civil.

Según lo expuesto, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a ofrecer una asesoría suficiente y, por ello, si el afiliado alega que no fue así —como aquí ocurrió— el Tribunal debía dedicar su atención a dilucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, sin centrar la discusión en la ocurrencia del evocado vicio por un excesivo apego a la palabra nulidad que invocó la censora, cuando la corporación ha sido enfática en que la consecuencia directa de la falta de información no es la nulidad sino la ineficacia del acto originario, como es el traslado mismo.

Lo anterior de manera relevante, cuando, como se indicó en el precedente transcrito, las AFP están en mejor posición que los afiliados para demostrar esas circunstancias. Así pues, surge diáfano que el deber de información radica en cabeza de Porvenir SA y no de la señora Duchamp Madero.”

Sobre la devolución de dineros y frutos del mismo en la ineficacia del traslado de régimen: (Se reitera la Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

“Valga la pena precisar que, los efectos que conlleva la ineficacia del acto de traslado, en razón al incumplimiento del deber de información que les compete a las administradoras, para que el afiliado adopte una decisión libre, clara y veraz, se contraen a la devolución de los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales recaudados, además de los rendimientos financieros causados, por lo que tampoco se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al estar plenamente justificada la falta que le corresponde a la AFP demandada.

No está de más, aclarar que, dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna, tal como se adujo en providencia CSJ SL1264-2022 que reiteró lo expuesto en la decisión CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, así:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

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.”

4. CASO EN CONCRETO.

Del presente caso se tiene que la accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen de Prima Media con Prestación Definida a el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, alegando que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. no cumplió con el requisito y deber de informar con suma diligencia las ventajas y desventajas de cambiar de régimen. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, solicita que sea devuelta al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.

COLPENSIONES, negó los hechos, y se opuso a las pretensiones manifestando que la actora no cumple con los requisitos de cambio de régimen.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones alegando que cumplió y fue diligente al momento de brindarle la información correspondiente y pertinente sobre lo que implicaba cambiar de régimen.

La honorable Juez de instancia, declaró la ineficacia del traslado y condenó a PORVENIR S.A, a la devolución de todos los aportes con sus frutos a favor de la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ en el fondo de pensiones COLPENSIONES.

Conforme a lo expresado, corresponde a esta colegiatura diluir el presente problema jurídico y conforme a los reparos solicitado se tiene:

¿Existió la legalidad del traslado de la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual?

En aras de desatar esta litis, esta Magistratura entrará a sustentar la siguiente tesis.

Sea lo primero destacar, que, lo aquí discutido es sobre la legalidad del traslado del régimen de pensión como lo ha solicitado la accionante, por ello, es menester realizar el estudio pertinente del material probatorio alojado en el expediente, el cual, brindará los sustentos probatorios para determinar sí la accionada PORVENIR S.A., cumplió con el deber objetivo de brindar información

veraz, acertada y diligente sobre las consecuencias positivas o negativas de cambiar de régimen. Aunado a ello, la normativa y jurisprudencias relacionadas, han establecido unos presupuestos en los cuales se puede conceder el traslado de régimen, como son:

- ✓ En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre que no falten 10 años o personar para adquirir la pensión, con la condición de que se debe verificar la edad del afiliado sin haberse surtido traslado dentro de los 5 años anteriores.
- ✓ En cualquier tiempo, cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición con 15 o más años de cotización al 01 de abril de 1994, es decir, se encuentra bajo la posibilidad de cambiar de régimen sin límite.
- ✓ En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, es así que, el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, recayendo así, la carga probatorio del cumplimiento de los requisitos a las administradora.

Con lo dicho, en el caso de amarras, haciendo uso de jurisprudencia de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la ADMINISTRADORA quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

“La jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”

Es verídico que la demandante no logró demostrar las condiciones en las cuales fuera abordada y convencida por la AFP privada; pero una vez inversa la carga de la prueba para este caso, tampoco fue demostrada por las demandadas.

Se observa entonces, que, para este caso en concreto la accionada PORVENIR S.A., da respuesta a la demanda de manera extemporánea y, además, con su contestación no se avizora prueba alguna sobre las debidas asesorías brindadas de manera diligente, claras, precisas y puntuales en las cuales se le indique, en este caso, a la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ las consecuencias positivas o negativas y demás factores que surgirían al ella cambiar

de régimen pensional. En su lugar, se encuentra en las foliaturas que la accionante se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. desde el 01 de 1996 (folio 67 de la contestación de PORVENIR S.A.), además, se encuentra respuesta por parte de esta accionada a una petición realizada por la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ expresando que no es posible otorgarle el cambio de régimen, precisando que la activa *“no presentó desistimiento dentro de los cinco días siguientes a la fecha de solicitud de afiliación de acuerdo al decreto reglamentario 1161 de 1994 en su artículo 3”*, documentos que nada indican del buen deber de información que debió cumplir el fondo privado.

Cabe aclarar que no es de recibo para esta Sala ningún tipo de pretexto, como por ejemplo insinuar que la afiliada tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni que tampoco cumple con los 15 años de cotización, ni cualquier otro en esta vía.

Ahora bien, no resulta de recibo conforme a lo argumentado y sustentado en las amplias jurisprudencias existentes, lo afirmado por la pasiva COLPENSIONES, que *“La demandante no puede trasladarse de régimen por prohibición expresa del artículo 13 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003. Amén de lo precedido, es necesario aclarar que el régimen de ahorro individual con solidaridad de forma libre y voluntaria produce la pérdida del régimen de transición establecida en el artículo 36 de la ley 100 del 93, conforme a la misma normatividad que declara que lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia del régimen tengan 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres. No será aplicable en cuanto a estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”*.

Conforme a lo anterior, es menester precisar, que, sí bien es cierto que la carga probatoria en estos asuntos recae sobre el fondo de pensiones privados, numerosas jurisprudencias han precisado que no solo se debe contar con la asesoría del fondo al que el cotizante desea afiliarse, sino con la asesoría misma del fondo en el que ya se encuentra, como lo ha sostenido la CSJ en sentencia SL1452-2019 con radicado N°68852 del 03 de abril de 2019, en la que se precisa en resumen que:

Se debe guardar el compromiso de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, guardando suma relación con la ley 1748 de 2014, artículo 3 del decreto 2071 de 2015 y circular externa N° 016 de 2016, de los cuales se destaca con precisión que en estos procesos de traslado de régimen se encuentra inmerso el derecho a obtener asesorías de los representantes de ambos regímenes de pensión, es decir, se desglosa que el afiliado tiene el derecho a ser informado tanto

de los aspectos positivos como de los negativos en caso de hacer un traslado de regímenes pensionales y además de ser un derecho del afiliado, es un deber de los fondos de pensiones informar los pro y contras de un traslado; lo que puede ganar y lo que puede perder, y debe hacerse sobre información cierta y objetiva.

Siendo, así las cosas, se tiene de acuerdo a esta tesis, que sí bien es cierto que el deber objetivo de informar recae sobre los fondos privados, no es menos cierto que el fondo público, en cabeza de COLPENSIONES, debe brindar una debida asesoría al afiliado, situación que esta no se logra corroborar por ninguna de las accionadas, toda vez que no se encuentra probado a través del material probatorio arrimado en el expediente. Destaca esta magistratura, que solo se allegó pruebas documentales, y en virtud de ello, se reitera que no se encuentra alguna prueba que, de fe, del debido deber de informar al afiliado.

Por todo lo ampliamente expuesto, encuentra este cuerpo Colegiado, que el traslado que realizó la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, PORVENIR S.A., demostrar durante el proceso que realizó una debida asesoría a la demandante y no limitarse al pronunciamiento que la señora KARIN ESTHER CAMPO BERMUDEZ suscribió un formato de afiliación preimpreso, el cual ni si quiera fue aportado dentro del plenario. Además, así mismo recae responsabilidad sobre COLPENSIONES, por no realizar una oportuna diligencia informativa sobre la actora al comunicar que se retiraba del fondo.

Es así, que esta Magistratura, procederá a CONFIRMAR la providencia emitida por la honorable Juez de primera instancia, toda vez que los fundamentos y decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 28 de septiembre del 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por la señora KARIN ESTHER

CAMPO BERMUDEZ contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES EICE. conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las partes demandadas COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente, liquídense como seña el artículo 365 y 366 de CGP.

Notificar esta decisión a las partes de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado Ponente

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ.

Magistrado

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado