

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

Quince (15) de junio de dos mil veintitrés 2023

Aprobado mediante acta Nro. 0103 del 15 de junio de 2023.

20-001-31-05-003-2019-00348-01 Proceso ordinario laboral promovido por **ORLANDO MAESTRE GONZÁLEZ** contra **COLPENSIONES Y OTROS**.

1. OBJETO DE LA SALA.

En aplicación de la Ley 2213 de 2022 la cual adopto como legislación permanente el decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Tercera de Decisión 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 el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 07 de marzo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1. Manifestó que el señor **ORLANDO MIGUEL MAESTRE GONZÁLEZ**, nació el 13 de mayo de 1995, iniciando su vida laboral el 1° de junio de 1978, laborando para la Contraloría y desempeñando el cargo de revisor de documentos y técnico grado 4, hasta el 20 de enero de 1985.

2.1.1.2. El demandante afirmó que, para el 12 de marzo de 1988 hasta el 14 de abril del mismo año, estuvo vinculado laboralmente con Salud Departamental – Gobernación del Cesar. A partir del 21 de octubre de 1991 hasta el 31 de diciembre del mismo año, estuvo vinculado para la empresa “Ruiz Mendoza José”, empleador aportante en Colpensiones. Del 02 de abril de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994, laboro para la empresa “Almacén Andrea S.A”, empleador aportante a Colpensiones. Y que, el empleador incurrió en mora para el año 1995, situación que le afecto el tiempo cotizado. Del 01 de junio de 1995 al 31 de octubre de 1995 para la empresa Coolesar, aportante a Colpensiones.

2.1.1.3. Expresó además el demandante que, cotizo hasta el 31 de octubre de 1995 un total de 666.03 semanas, equivalente a 12,76 años.

2.1.1.4. Por otro lado, el actor afirmó que la empresa “Almacén Andrea S.A” no reportó 1.357 días, durante su relación laboral.

2.1.1.5. Manifiesta que para el 10 de julio de 2001 por medio de un asesor comercial de PORVENIR S.A, le propuso sin muchas explicaciones que se trasladase del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Ofreciéndole mejores rendimientos financieros y beneficios en su pensión de vejez si se trasladaba.

2.1.1.6. Aseguró que no le fue suministrada la información suficiente, ventajas y desventajas, respecto de las consecuencias negativas que tendría al cambiarse de régimen y sobre la cantidad que debía reunir para alcanzar su pensión de vejez.

2.1.1.7. Expresó que Colpensiones también es responsable por omitir la asesoría necesaria y pertinente al demandante al momento del proceso de cambio de régimen.

2.1.1.8. Afirmó que el asesor de Porvenir S.A. le manifestó al demandante que el Régimen de Prima Media iba a terminar, y que la pensión que ellos le reconocerían sería superior a la de Colpensiones.

2.1.1.9. Indicó que el demandante se ha visto afectado emocional, física y psicológicamente por las consecuencias negativas para él y su familia al no ver y cumplidas sus metas de alcanzar su pensión de vejez.

2.1.1.10. Que el demandante realizó peticiones ante las administradoras solicitando nuevamente el regreso o traslado al régimen de prima media, siendo negada por parte de Colpensiones teniendo en cuenta que solo podía hacerlo cuando haya permanecido como mínimo 5 años, y que no le falten menos de 10

años o menos para pensionarse, requisitos que PORVENIR no le explico al demandado al momento de afiliarlo.

2.2 PRETENSIONES DECLARATIVAS

2.2.1. Se declare que el señor Orlando Miguel Maestre González, estuvo válidamente afiliado al Régimen de Prima Media a través del ISS hasta el 31 de octubre de 1995.

2.2.2. Se declare la nulidad e ineficacia de acto donde se ordenó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidarias en virtud de una indebida e insuficiente información por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS PROVENIR Y COLPENSIONES.

2.2.3. Se declare y condene a las demandadas a autorizar de todo el tiempo cotizado para la pensión de vejez del señor OLANDO MIGUEL MAESTRE GONZÁLEZ, desde que inició su vida laboral en el año de 1978. Hasta su último periodo cotizado para pensión, los cuales deben ser depositados nuevamente al RPM.

2.2.4. Se reconozca ultra y extra petita lo que resulte probado y con ellos las costas y agencias en derecho que de causen.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

2.2.5. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones aportadas, los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, juntos con sus respectivos frutos e intereses de la cuenta de ahorro individual del demandante.

2.2.6. Condenar a porvenir S.A. a pagar a favor de la demandante la diferencia que pudiera llegar a darse entre los aportes realizados al RAIS y los que deban acreditarse en el régimen de prima media, pago que debe hacerse ante COLPENSIONES.

2.2.7. Se condene a COLPENSIONES a pagar las mesadas adicionales de cada año, intereses moratorios e indexación y costas procesales

2.2.8. Se concede a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho que de este litigio surtan.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.3.1 COLPENSIONES

Frente a los hechos se manifestó de la siguiente manera:

Es cierto que trabajó para “Ruiz Mendoza José” del 21 de octubre de 1991 hasta 31 de diciembre del mismo año, así como para “González G” desde el 2 de abril de 1993 hasta el 31 de agosto de mismo año, y desde el 19 de agosto de 1993 hasta el 20 de octubre del mismo año para “Omega Ltda”. Que si cotizó para su pensión de vejez desde el 16 de septiembre de 1994 hasta el 31 de diciembre del mismo año y que desde el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de octubre para la empresa “Coolesar”. Así como las diferentes gestiones que realizo frente a ellos.

Manifiesta como no cierto que haya laborado en la empresa almacén “Andrea S.A.”, que de acuerdo al historial laboral reporta cotizaciones del 04 de febrero de 1993 al 30 de junio de 1993, con “Omega Ltda” desde el 19 de agosto de 1993 al 20 de octubre de 1993, y con “Maestre González”, del 16 de septiembre de 1994 al 31 de octubre de 1994. Así como que no es cierto que la empresa “ANDREA S.A” se haya constituido en mora, así como no es cierto la cantidad de días semanas cotizadas, y que, por el contrario, acumuló 64.00 semanas. Así mismo, que no es cierto que la administradora haya dejado de reportar semanas, de igual manera, que no es cierto la responsabilidad que se le atribuye, toda vez que de acuerdo a la ley 100 el afiliado es responsable de efectuar el traslado al fondo de su interés.

Frente a los demás hechos manifestó no constarle.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Frente a la primera pretensión declarativa, manifiesta que se atenderán a lo que considere el operador judicial y se opuso a la prosperidad las demás, por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico en contra de Colpensiones.

Excepciones previas

- ✓ Falta de jurisdicción y competencia por indebido agotamiento de la reclamación administrativa

Excepciones de fondo:

- ✓ Petición antes de tiempo
- ✓ inexistencia de las obligaciones reclamadas
- ✓ cobro de lo no debido
- ✓ prescripción
- ✓ falta de legitimación en la causa por pasiva
- ✓ buena fe
- ✓ innominada o genérica
- ✓ compensación

2.3.2. PORVENIR S.A

Frente a los hechos manifestó que no le constaban la mayoría de ellos, toda vez que se trataba de hechos que relaciona a un tercero, y por lo tanto no es dable efectuar pronunciamiento alguno.

Expresó como no cierto el hecho relacionado a los asesores que mediaron el cambio de régimen, así como que no es cierto que no se le haya brindado la información veraz y oportuna, que para el 2001 el demandante decide de manera libre realizar los aportes de pensión con Porvenir, demostrando su complacencia. Que el fondo siempre le garantizó el derecho de retracto y el demandante se afilió de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, que por medio de sus promotores brindó la información suficiente con las disposiciones de la ley 100 de 1993. Que no es cierto que haya omitido cotización de 666 semanas en RPM y se atiene al formulario suscrito por la parte demandante y al contenido literal del documento que emitió la demandada con respecto a los trámites que adelantó el demandante con esta.

Y como cierto manifestó que el demandante se encuentra cotizando desde agosto del 2001 al R.A.I.S hasta la fecha de la presentación de la demanda, y la información expedida en la historia laboral consolidada.

FRENTE A LAS PRETENSIONES

Se opuso a todas y cada una de ellas, toda vez que las pretensiones se encuentran dirigidas en contra de terceros y las mismas carecen de fundamento fáctico jurídico.

Con respecto a las pretensiones condenatorias, se opone a todas toda vez que la mayoría de estar van dirigidas en contra de terceros, y en la medida que no procede la nulidad o ineficacia del traslado por lo expuesto con anterioridad. Reiterando el que demandante decidió de manera libre e informada realizar a postes a pensiones con porvenir, y que, no procede la condena de devolución de los gastos de administración, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Propuso las siguientes excepciones

- ✓ Prescripción
- ✓ Buena fe
- ✓ Inexistencia de la obligación
- ✓ Compensación
- ✓ Excepción genérica

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante providencia del día 07 de marzo de 2023, el juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que el demandante

OLANDO MIGUEL MAESTRE GONZÁLEZ realizo del ISS a la administradora, y ordenó a PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido o recaudado como motivo de la afiliación. Ordenó a Colpensiones que una vez se realice la devolución, acepte todos los valores, así mismo que una vez cumplidos os requisitos por parte del demandante, reconocer, liquidar y pagar pensión ordinaria de vejez de carácter vitalicia.

2.4.1 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la litis en determinar si, “¿Orlando Maestre González estuvo válidamente afiliado al régimen de con prestación definida a través del extinto Instituto De Seguros Sociales hoy administrado por Colpensiones?, ¿debe declararse la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad?, ¿la demandada debe autorizar el retorno de todo el tiempo cotizado por el señor Orlando Maestre González desde que inició su vida laboral hasta su último periodo cotizado?, ¿Porvenir S.A debe trasladar a Colpensiones las Cotizaciones, a portes, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses?. ¿Porvenir debe pagar la diferencia que pudiera llegar a darle en los aportes o pagos que deba realizarse a Colpensiones? Colpensiones debe reconocer y pagar una vez se acepta el regreso automático del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de primera con prestación definida la respectiva pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos de edad y semana cotizados, mesadas pensionales, intereses moratorios y costas procesales o en su defecto si debe darse la prosperidad a las excepciones planteadas por la parte demandada dentro del proceso y negar las pretensiones de la demanda y condenar encuestas procesales a la parte demandante”.

Como fundamento de la decisión expresó lo siguiente:

En primer lugar, afirma el a-quo que las partes admitieron el traslado desde el 10 de julio de 2001 tal como consta en el formulario 01587581. Que las administradoras de fondo de pensiones deben suministrar información necesaria y transparente y no pueden alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que puede tener frente a sus derechos prestacionales, así como tampoco puede estimarse satisfecho dicho requisito.

Que, de acuerdo al material probatorio aportado, no fue suficiente para demostrar el deber de información que por obligación deben suministrar al momento de realizar un traslado entre regímenes, de tal manera que comprendan la lógica, beneficios y desventajas del cambio, así como prever los riesgos y efectos negativos de la decisión.

Así las cosas, reitera el a-quo que las demandadas no probaron haber impartido suficiente conocimiento al demandante para el traslado de régimen público al privado, y que del formulario de afiliación solo se extrajo que existió una manifestación preimpresa, pero no espontánea de traslado libre y voluntario, por lo que no fue suficiente para concluir que se suministró un conocimiento informado.

Así mismo, que no se subsana alegando que para la época no existía dicha obligación, por lo que alno demostrársela correcta y transparente asesoría por parte del fondo, declarando la ineficacia del traslado.

En la misma senda, el despacho judicial encontró que el demandando es beneficiario de la pensión de vejez, el cual Colpensiones deberá reconocérselo una vez el demandante cumpla todos los requisitos, tal como lo regula la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN.

2.4.2 DE LA PARTE DEMANDADA

2.4.2.1. PORVENIR S.A

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia teniendo en cuenta lo siguiente:

Manifiesta que el a-quo no tuvo en cuenta la teoría de las restituciones mutuas de las que trata el artículo 1746 del código civil en el entendido en que no se autorizó a Porvenir SA a descontar los valores correspondientes al porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración, que tampoco se ordenó al demandante a pagar el valor correspondiente al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos, desconociendo así, las expensas en las que incurrió la administradora en procurar incrementar el capital que se encontraba en la cuenta de ahorros del demandante, así mismo, que al ordenar la devolución de la totalidad de los rendimientos se configuró un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones quien recibe unos valores incrementados en un porcentaje de rentabilidad que no se encuentra probado dentro del proceso.

Finalmente solicitó al honorable tribunal no condenar en costas a esta administradora entendido en que, por encontrarse el demandante inmerso en la prohibición del literal E, del artículo 13 de la ley 100, modificado por la ley 797 de 2003, Porvenir no podría ordenar su traslado de manera voluntaria y por ello era necesario acudir a la jurisdicción ordinaria.

2.4.2.2 COLPENSIONES

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia teniendo en cuenta los siguientes tópicos:

Que de acuerdo a los precedentes existentes y requisitos que debe cumplir un usuario que se haya trasladado al régimen de Prima Media al RAIS y pretenda su regreso nuevamente al régimen de Prima Media, los mismos debe ser valorados, encontrando que el demandante no contaba con los 15 años de servicio cotizados al momento de entrar en vigencia al sistema de seguridad social en pensiones, demás, que el afiliado no había efectuado o la administradora de fondos de pensiones del RAIS no efectuó el traslado de todos los aportes que este posee cotizados y bajo esas circunstancias le era imposible que admitiera el reintegro del demandante. De igual manera, respectivo con el reconocimiento a la pensión de vejez dentro del acápite, reitero las excepciones previas; falta de jurisdicción y competencia y petición antes de tiempo, la cual solicitan se tenga en cuenta el fundamento de estas. Manifiesta que quien debe efectuar la liquidación para el reconocimiento de la pretensión de vejez es Colpensiones y que al momento del fallo el demandante no contaba con semanas cotizadas atendida por lo que fue imposible mirar bajo que régimen debía efectuarse el reconocimiento de la misma. bajo esto afirma que se efectuó un indebido agotamiento de la reclamación administrativa y una petición antes de tiempo. Por lo anterior solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida y en su lugar pues se sirva absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.6.1 DE LA PARTE RECURRENTE

2.6.1.1 FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A

Mediante auto de 20 de abril de 2023, se corrió traslado a la parte recurrente de conformidad con lo ordenado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022 a fin de que presentara los alegatos de conclusión, manifestando lo siguiente:

Reitera la afiliación del demandante a la fecha del primero de julio de 2011, y que el formulario de afiliación no debe desestimarse, por cuanto debe tenerse en cuenta que el mismo legislador ha puesto la necesidad de elaborarlo. Que no le asiste el derecho de traslado al demandante, toda vez que se encuentra en la prohibición de que trata el literal del artículo 13 de la ley 100. Así mismo, que la afiliación del demandante obedecían a un acto libre de elección de su parte, y en cuya ejecución no se incurrió en ningún vicio que pueda afectar el consentimiento. Que por parte del fondo se le ha dado cumplimiento a cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación de los afiliados. Que solamente a partir de la ley 1748 de 2014 y el decreto del 2015 se determinó de manera expresa la obligación e importancia de poner a disposición de sus afiliados, herramientas financieras que le permitieran conocer las consecuencias

de su traslado, deber que manifiesta haber cumplido. De igual manera, que no es conducente que 22 años después de haber permanecido afiliado, solicite el cambio. Referente a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, es gracias a la gestión realizada por la misma, y que estos no deberían ser devueltos toda vez que no se hubiesen generado si estuviese afiliado a Colpensiones. Afirma que al ser trasladado los aportes realizados por el demandante, tendría que autorizarse descontar el concepto de restituciones mutua a que haya lugar.

Por lo cual, solicita se sirva a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar.

2.6.1.2 COLPENSIONES

Reitera el fondo, que la parte demandante no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que este no tendría los 15 años o más de servicio cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en pensiones. Y que se está en la configuración de falta de legitimación en la cusa por pasiva, puesto que Colpensiones no es responsable de la validación de los requisitos para el traslado de régimen.

Por lo anterior, solicita se sirva a absolver a la demandada de las pretensiones propuestas por la demandada.

2.6.2 DE LA PARTE NO RECURRENTE.

Mediante auto de 20 de abril de 2023 se corrió traslado a la parte no recurrente de conformidad con lo ordenado por la ley 2213 de 2022.

La parte no recurrente presentó alegatos de conclusión exponiendo que quedo acreditado que estuvo afiliado al instituto de seguridad social, hoy Colpensiones, que para la fecha de julio de 1994 fue trasladado al régimen privado, pasando por las administradoras COLFONDOS, PORVENIR, HORIZONTE y PROTECCION, y el demandante no fue asesorado sobre las consecuencias que tendría para efectos de su pensión de vejez, que el demandante fue mantenido en error por parte de los fondos, y a su vez estos habrían actuado con dolo.

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 los apoderados judiciales de la parte 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. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

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.

Corresponde a esta colegiatura, determinar si:

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindo información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.3.1 DECRETO 663 DE 1999

Artículo 97; modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria, a través de elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

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

3.3.2 DECRETO 656 DE 1994

Artículo 18:

"Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados *deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses*"

3.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

3.4.1 CORTE CONSTITUCIONAL

3.4.1.1 Unificación de jurisprudencia sobre traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de beneficiarios del régimen de transición (Sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

*“Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición,** en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen.”*

...

“Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”.

3.4.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.4.2.1 Sobre la ineficacia de traslado (SL 1055-2022, sentencia de 02 de marzo de 2022, radicación 87911, MP Dr. IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ)

“Es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020)”.

3.4.2.2 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensión conforme a las reglas civiles y comerciales (SL-19447, sentencia del 27 de septiembre de 2017 MP Dra. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

*(...) Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, **correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo** y, en este específico caso **ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona**, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

*Por demás las implicaciones de **la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional**, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba 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**».*

3.4.2.3 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensión (Sala de Casación Laboral, Rad No.5462, sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA)

*“Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como 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, de 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. **“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.**”*

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.

(...) 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.

Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de 1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

(...)

Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.”

3.4.2.4 La existencia de documentos suscritos por el afiliado, no es plena prueba de haber suministrado información suficiente. (Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

“De entrada, anticipa la Sala que el recurrente tiene razón en su argumento, puesto que las documentales referidas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia. 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).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el formato de re asesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó re asesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su

situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba. En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

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

4. CASO EN CONCRETO.

Se advierte que en el presente caso la parte demandante, pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen De Prima Media con Prestación Definida que gozaba en el Instituto De Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad hacia PORVENIR S.A y en consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliado al señor ORLANDO MAESTRE y recibir los valores obtenidos durante el tiempo de vinculación, así mismo, se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez al demandante a partir del cumplimiento de los requisitos, mesadas adicionales de cada año, interés moratorio e indexación.

En contraprestación de lo indicado por la demandante, las demandadas negaron la prosperidad de todas las pretensiones toda vez que al afiliado si se le brindó la información necesaria y al momento de la afiliación el demandante contaba con todas sus capacidades.

El a-quo declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y ordeno a Porvenir S.A a devolver a la Administradora colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido o recaudado como motivo de la afiliación del acto, debidamente indexados y una vez realizada la devolución, aceptarlos, reconocer, liquidar y pagar pensión ordinaria de carácter vitalicio en 13 mesadas anuales a partir de la fecha que cumpla los requisitos, absolviendo de las restantes pretensiones de la demanda.

procede a resolver esta Magistratura el problema jurídico que atañe esta sentencia el cual es:

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación no se le brindo información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la ineficacia de su afiliación en el RAIS para en últimas regresar al RPM, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por el apelante, oportuno estudiar inicialmente cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.

2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición. Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario del material probatorio no puede evidenciarse que contara con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que exige la regla jurisprudencial.

3. 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 (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón; ya ampliados dentro de los insumos jurisprudenciales. Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter Civiles, Constitucionales y de la Seguridad Social, en donde 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, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma, pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

En este punto toca analizar si hubo o no falta de consentimiento para realizar el traslado y si ocurrió por voluntad de la demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

1. Que la entidad sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el reingreso al RPM, y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS; si no fuere lo anterior, entonces, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) El afiliado no resultó beneficiado con la escogencia del RAIS, porque el resultado final así lo demuestra, y porque es poco probable según las máximas de la experiencia, que una persona deliberadamente actúe en contra de sus propios intereses sin una causa o motivo las cuales no afloran en este proceso, pues ¿quién en sano uso de sus facultades mentales escoge lo que le perjudica?

Esto desencadena el segundo asunto del mismo tópico; *¿Quién debe probar si la información fue entregada al afiliado en condiciones que le permitieran comprender el efecto que tendrían en el futuro respecto a las prestaciones sociales en juego?*

Se diría en principio que la carga de la prueba radica en cabeza del afiliado quien introduce el hecho jurídicamente relevante, persiguiendo los efectos que de la norma deriva, como genéricamente ha de tratarse.

Sin embargo ¿Quién tiene el deber de documentar las condiciones individuales de los afiliados y sus novedades? No en vano se llaman ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, en este caso haciendo uso de jurisprudencia de vieja data que se incorporará en el Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues al afiliado 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 citados como insumo para la sentencia; es verídico que la demandante no logró demostrar las condiciones en las cuales fuera abordado y convencido por la AFP privada; pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por ninguno de los demandados.

En el presente caso, se tiene lo siguiente:

- ✓ Fl. 2. Anexos de la demanda, Cuaderno de primera instancia; En el cual se evidencia la afiliación del demandante al fondo Porvenir S.A., en calenda del 10 de julio de 2001.

Cabe aclarar que no es de recibo para esta Sala ningún tipo de excusa como por ejemplo insinuar que el afiliado 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.

Procediendo a resolver el problema jurídico planteado, trae la sala a colación la postura de la sentencia SL 1688, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

“(…) 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 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”.

Asimismo, es implele precisar que no obra prueba siquiera sumaria de que a la demandante se le haya brindado una asesoría clara y completa respecto a las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. El acompañamiento que

realizó el ejecutivo comercial estuvo ceñido al diligenciamiento del formulario, no en torno a explicarle las condiciones del RPM y el RAIS o, indicarle cuál le convenía o no, y lo que se logra ver es la constancia de afiliación y formulario de vinculación a partir del 10 de julio que obran a fl. 2 del expediente digital.

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ello, en manera alguna, desdice del cumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual, como ya se advirtió, debe ser oportuno e integral al momento del traslado.

Asimismo, ha sido tema decantado en la jurisprudencia laboral que la simple rúbrica del formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (Vid. SL4964-2018).

De modo que, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, 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 y, revisado el material probatorio militante en el plenario no se avizora prueba siquiera sumaria de que se haya cumplido con ese deber de información.

Es pertinente aclarar que, con relación a la devolución de aportes y otros, la conducta de abstención que asumió la Administradora del Fondo de Pensiones, necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administración con cargo a sus recursos, por cuanto de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Delimitado lo anterior, conviene recordar que conforme a los criterios de la Corte Suprema de Justicia la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC).

Por consiguiente, la declaratoria de ineficacia tendrá efectos ex tunc (desde siempre), es decir que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

Por último, con relación al punto de cesura frente a la condena en costas y sin mayores elucubraciones no existe duda que las costas procesales, son los gastos en que incurrir las partes en el marco de un proceso judicial y de acuerdo a los artículos 365 y 366 CGP, aplicable por remisión normativa al procedimiento laboral, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y a todas luces, PORVENIR S.A es una de las accionadas vencida en esta Litis, por lo tanto debe asumir el valor de las costas y las agencias. De modo que, no prospera este cargo y se mantendrá incólume esta condena.

Por todo lo anterior, queda más que claro para esta Colegiatura que la decisión tomada en primera instancia por el A quo fue en derecho y de manera correcta, por todo lo aquí estipulado se confirmará la sentencia en la cual se declaró la ineficacia del traslado, es decir que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiere existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

De igual manera, una vez realizado por completo el traslado y haber cumplido los requisitos por parte del demandante, deberá Colpensiones reconocer, liquidar y pagar, pensión ordinaria de vejez de carácter vitalicia, en 13 mesadas anuales a partir de la fecha en que cumpla los requisitos como se estableció en la parte considerativa de la providencia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, en calenda del 07 de marzo de 2023, dentro del Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor **ORLANDO MAESTRE GONZALEZ** en contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** y **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Ley 2213 de 2022;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ).

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ.
Magistrado