

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Yopal, junio diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: **JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ**
Clase de Proceso: ORDINARIO–Apelación-Consulta Sentencia
Radicación No.: 85-001-31-05-002-2019-00284-01
Demandante: LEONILDE TUAY SIGUA
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR SA
Aprobado Acta No.: 0048 del 09 de junio de 2021

Decide la Sala el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta elevados frente a la sentencia de fecha julio catorce (14) de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal, Casanare.

I. CUESTIÓN PREVIA:

A través del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Ministerio de Justicia adoptó medidas para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales a evacuarse en las especialidades civil, familia, laboral. Por ello, en aplicación de tal norma, especialmente de lo indicado en el art. 15, la decisión que corresponde a esta instancia, se emite por escrito.

II. ANTECEDENTES

La señora LEONILDE TUAY SIGUA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado desde el régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida y por tanto solicita que se condene a la demandada PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados a su nombre.

Como hechos que fundamentan sus pretensiones señala que nació el 06 de marzo de 1968 y se encuentra cotizando al Sistema de Seguridad Social como independiente. Informa además que ha realizado continuamente cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones, hasta el 30 de mayo de 1997 al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, y desde el 01 de junio de ese mismo año, al régimen administrado por PORVENIR SA. Indica que al momento de su traslado no contó con información clara, honesta y veraz por parte de PORVENIR, razón por la cual, el 16 de julio de 2019 solicitó ante COLPENSIONES y PORVENIR, su retorno al régimen de prima media, sin resultados favorables.

Contestación de la demanda

COLPENSIONES

Contesta a través de apoderado que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Afirma que la ineficacia y la invalidez de los negocios jurídicos, son conceptos diferentes. Que, para este caso, la demandante señala que fue inducida a error por la AFP privada, por lo que debe remitirse a lo señalado en el art. 1.508 del CC, que se refiere a los vicios del consentimiento. Señala que de conformidad con el art 1741 del CC, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos, es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de formalidades, mientras que, si tiene un origen diverso, como el vicio del consentimiento, solo se genera nulidad relativa que da lugar a la rescisión del acto o contrato. Así mismo, esa rescisión tiene un límite de 4 años para ser invocada, conforme el art. 1750 de la misma obra.

Indica que los beneficiarios del régimen de transición pueden escoger libremente el régimen pensional al que quieren pertenecer, pero el traslado implica la pérdida de este derecho conforme lo señala el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Hace un análisis de las sentencias C789 de 2002, C1024 de 2004, C754 de 2004, entre otras, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición para quienes se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cita igualmente la sentencia STL14192-2017, destacando que en esa oportunidad no se concedió el amparo porque la Corte consideró ajustada a derecho la determinación de negar las pretensiones de la accionante en un caso similar al presente.

Señala finalmente, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple con los requisitos señalados en la Sentencia SU062 de 2010 y por lo tanto no es posible que se efectúe su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Propone como excepciones las que denomina: Presunción de validez del traslado de régimen pensional, Inexistencia del derecho y de la obligación del reconocimiento de régimen de transición, Prescripción de la ineficacia de traslado de régimen pensional, La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, Buena fe por parte de COLPENSIONES, No condena en costas y agencias en derecho a COLPENSIONES y Declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR SA

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, adujo en síntesis que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y sobre la misma se establece frecuente vigilancia de la Superintendencia Financiera. Destaca que ese sistema pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro y que esta ventaja no la tienen los afiliados al ISS (sic).

Por lo anterior, afirma que el monto de la pensión que logre el afiliado no depende de esa entidad, señalando que no puede afirmar la demandante que fue engañada, pues además de haber recibido toda la información, tuvo la oportunidad de leer, preguntar e incluso negarse a firmar el traslado. Menciona además que, para la época del traslado, los fondos no tenían la obligación de brindar la información en la forma que se solicita en la demanda y cita al respecto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en cuanto a que la asesoría así considerada solamente fue prevista cuando se creó el Sistema de Información al Consumidor Financiero, Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Realiza un estudio sobre el traslado de régimen establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el art. 11 del Decreto 692 de 1994 y señala que la decisión de realizar ese traslado es libre y voluntaria por parte del trabajador

e indica que el regreso al régimen de ahorro individual con solidaridad es improcedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Se refiere igualmente a la nulidad y a los vicios del consentimiento, frente a lo cual manifiesta que ninguna de esas figuras se presenta en este caso.

Como excepciones de fondo plantea las de: Falta de causa para pedir, Inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR SA. Buena Fe, y la Innominada o Genérica.

Sentencia de primera instancia

De fecha 14 de julio del año 2020, la señora Juez de primera instancia declara la ineficacia del traslado que realizó la señora LEONILDE TUAY SIGUA del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y ordena a COLPENSIONES recibirla como si no se hubiera efectuado dicho traslado, así mismo ordena a PORVENIR SA realizar el traslado de los saldos de la cuenta individual a su nombre, junto con los rendimientos financieros de éstos con destino a COLPENSIONES.

Niega las restantes pretensiones de la demanda y tiene por no probadas las excepciones planteadas por las entidades llamadas a juicio.

Para fundamentar su posición citó sentencia SL4426 de 16 de octubre de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, relacionada con el deber legal de los fondos privados de rendir información de manera clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, concepto reiterado en decisiones SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, entre otras. Por ello, concluyó que no hubo la suficiente información por parte de PORVENIR SA al momento del traslado de la señora TUAY, y que no puede tenerse como suficiente para ello el contenido del formulario. Destacó que no puede indicarse que, para una persona que le faltan 8 años de cotización, sea más benéfico el fondo privado, debido a que allí se privilegia el monto de la cotización y del ahorro, mientras que en el RPMPD se tiene en cuenta el consolidado de la historia laboral o el monto de las últimas cotizaciones.

Sobre las pretensiones relativas al reconocimiento de la pensión se abstuvo de su estudio, atendiendo a que la demandante no cumple con el requisito de la edad.

Recurso de apelación

El apoderado de PORVENIR SA interpuso recurso de apelación. Solicita que se revise todo el material probatorio. Destaca que se demostró que la información dada fue clara, amplia y suficiente y es por ello que la demandante toma la decisión de trasladarse. Pero lo que se presenta es un descuido, porque no hizo uso de su derecho a retracto. Además, tiene comunicación constante a través de los extractos y que en el formulario se deja constancia de la información otorgada. Señala que se pretenden endilgar responsabilidades al fondo de pensiones. El fallo desconoce el art. 230 de la Constitución, en cuanto a que debe observarse en los fallos la Ley, siendo la jurisprudencia, los principios del derecho y la doctrina, a penas criterios auxiliares.

Cita el Decreto 2241 de 2010, art. 4, relativo a los deberes de los afiliados y el derecho de libertad de escogencia. Sobre la operación realizada para determinar la eventual mesada pensional de la demandante, indica que, de conformidad con la historia laboral a su nombre, el monto de la pensión sería de un salario mínimo. Menciona que se desconocen los principios de irrenunciabilidad y el de progresividad, indica que es más beneficioso para ella que se pensione en el RAIS. Solicita tener en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias: T631 de 2002, T049 de 2002, T202 de 987, SU567 de 2015, C 397 de 2013, T760 de 2002 y C130 de 2002, indicando que el Juzgado de primera instancia ha desconocido lo normado en los arts. 48 a 53 de la CP.

De igual manera pide aplicar lo indicado por la Superintendencia Financiera No. 2020-0115 de enero de 2020, señalando que al ordenar la devolución de los gastos de administración, se desconoce lo indicado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993. Sobre la condena en costas indica que existió justa causa de PORVENIR para estar en el litigio, al que se convocó por el descuido de la demandante. Señala que cuando se hizo la solicitud de regreso, se encontraba inmersa en las prohibiciones señaladas en el Art. 2 de la ley 797.

Solicita acoger la aclaración de voto del Magistrado JORGE LUIS QUIRÓZ dentro de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado No. 68852 del año 2019.

TRASLADO EN ESTA INSTANCIA

Otorgado el traslado establecido en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, cada una de las partes ratificó los argumentos enunciados desde la primera instancia. El apoderado de PORVENIR SA, solicita además que se aplique lo enunciado en el concepto de fecha 15 de enero de 2020, emitido por la Superintendencia Financiera, en relación con la devolución de los gastos de administración como consecuencia de la ineficacia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo normado en el inciso final del art. 69 del CPLSS, cuando la decisión de primera instancia sea adversa a las entidades territoriales o aquellas descentralizadas en las que la Nación sea garante, se hace indispensable agotar el grado jurisdiccional de consulta. Para este caso, al prosperar las pretensiones de la demanda y emitirse condena a COLPENSIONES, obligatorio resulta agotar este grado de jurisdicción, pues para este caso no se sule este requerimiento con la presentación del recurso de apelación de la demandada PORVENIR SA, siendo en todo caso necesario agotar la consulta frente a todos aquellos aspectos que fueron desfavorables a la entidad pública.

De esta manera se ha explicado en jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la sentencia CSJ STL7382-2015, reiterada en autos AL8008-2016 y AL5073-2017 en donde se indicó:

*[...] (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, **basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.***

Con base en las anteriores consideraciones, se iniciará a realizar un estudio de la sentencia en su integridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el aparte final del art. 69 del CPLSS.

Lo pretendido en la demanda presentada por la señora LEONILDE TUAY SIGUA es que se declare la ineficacia del traslado efectuado desde el fondo público al privado.

Sobre este asunto, existen diversos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en donde el punto central de debate se fija en la obligación de dotar de veracidad y confiabilidad a la información brindada a los afiliados por parte de las AFP al momento de realizar el traslado. Se incluye este tema como centro del análisis tratándose indistintamente de personas que aspiran o no a ser beneficiarias del régimen de transición, tal como se indicó por esa Corporación en decisión de tutela de fecha 18 de marzo del año 2020, dictada dentro del radicado No. 58288, sentencia STL3199-2020.

De igual manera, en Sentencia SL 19447 de 27 de septiembre de 2017, Radicado No. 47125, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA se pronunció la Corte sobre el deber de información de las AFP, en el siguiente sentido:

“Ese mismo compendio normativo (Estatuto Financiero), en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.”

Bajo esa óptica, quienes han logrado ser beneficiarios del régimen de transición tienen una expectativa legítima de acceder a su pensión en condiciones más favorables y por ello se hace imperioso dilucidar con mayor rigor los elementos que rodearon el traslado de régimen, especialmente frente a la transparencia y claridad de la información requerida para lograr su consentimiento en este trámite;

pero está sola circunstancia no implica que aquellas personas que no lograron ese estatus de beneficio no tengan derecho a que se revisen las condiciones en que se efectuó su traslado, en estos casos también se debe verificar que se haya dado cumplimiento a los postulados referentes a la veracidad, claridad y objetividad de lo informado. Ello en consideración a que no existe norma alguna que restrinja esta posibilidad en forma exclusiva para los beneficiarios del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y además, en atención a que lo que se protege con la disposición contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 es la libertad de escogencia del afiliado frente al modelo de pensión al que pretende acceder, no el acceso o la permanencia en el régimen de transición.

En igual sentido, conforme los lineamientos jurisprudenciales ampliamente considerados en la sentencia de primera instancia y con base en el argumento anteriormente enunciado del que se sirve esta Sala, puede afirmarse que lo debatido se traduce en la posible existencia de un silencio frente a determinados aspectos que no le resultan favorables al afiliado y que eventualmente pueden inducirlo a error al momento de escoger el régimen pensional que le resulta más conveniente dadas sus condiciones particulares. Este tema ha sido igualmente tocado por la Sala Laboral de la Corte Suprema al señalar:

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada” (Sentencia Corte Suprema – Sala Laboral Rad. 31989 de 09 de septiembre de 2008)

En consonancia con lo dicho, es necesario advertir que las entidades que manejan los Fondos de Pensiones se encuentran encargadas de administrar dineros de los afiliados y por esta razón están obligadas a entregar información veraz, completa y transparente a sus usuarios. Esta obligación se encuentra instituida desde el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, el cual, específicamente en su art. 97, modificado por el art. 23 de la Ley 795 de 2003, señala: *“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”*.

Si bien es cierto, el Decreto 2071 de 2015 impuso unas reglas mucho más claras y precisas acerca de la forma en que las AFP deberían entregar la información a los usuarios del Sistema, ello no implica que los deberes que se establecieron desde el Decreto 663 de 1993 no tuvieran vigencia, o resultaren menos estrictos para estas Administradoras. Al respecto debe recordar que el esquema del Sistema de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, impone a las entidades que manejan los dineros asignados a la cobertura de la contingencia de vejez, un mayor cuidado en su administración y por lo mismo, una mayor atención frente al manejo de la información que de ellos se deriva, máxime cuando se trata de la promoción de los beneficios de cada uno de los regímenes establecidos, pues de ello depende nada menos que la cobertura de los ingresos destinados al cese de la vida laboral del trabajador.

En ese mismo sentido, según la citada decisión con radicado 31989 del Alto Tribunal en esta especialidad, se reconoce la necesidad de otorgar tal información, incluso con anterioridad al concepto emitido por la Superintendencia Financiera.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.”

Por ello, la interpretación que debe darse al art. 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es amplia en la medida en que la obligación allí impuesta debe acoger toda la posible información que el usuario requiere para tener los elementos de juicio que le permitan tomar una *decisión informada*. Y debe ser ello así, debido a que la entidad que administra los fondos posee una mejor posición en cuanto al conocimiento del manejo y funcionamiento del Sistema, que la gran parte de la población afiliada.

Así se indicó en otra decisión del alto Tribunal:

“Los afiliados o potenciales afiliados tienen derecho a recibir de los fondos privados de pensiones toda la información y la asesoría necesaria para realizar el traslado, en los términos del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993; tal cual lo ha entendido la jurisprudencia, ello implica estar informado sobre la totalidad de las circunstancias que involucran una decisión de graves repercusiones para el afiliado, en la medida en que se trata de su futuro mediato.

También se ha considerado que el papel que juegan las Administradoras de Pensiones no se puede limitar a la promoción del traslado de los afiliados del Régimen de Prima Media, sin cumplir a cabalidad con la entrega de información clara y transparente para evitar que los beneficiarios del servicio de seguridad social en pensiones, vean truncada su aspiración de pensionarse, como consecuencia de una decisión perjudicial a sus intereses, debido a deficiencias en los agentes encargados de cumplir con la misión que la ley les asigna, en este caso, alrededor del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para hacer efectiva la libertad y autonomía en la escogencia del Fondo de Pensiones, previo conocimiento de todos los aspectos jurídicos y fácticos, relacionados con el derecho pensional de quien piensa trasladarse”. (Sentencia Corte Suprema Sala Laboral de 22 de agosto de 2018, Radicado No. 55013)

Adicionalmente, si bien es cierto existen unos deberes otorgados a los usuarios del sistema, que se encuentran debidamente especificados en el Decreto 2241 de 2010, no puede oponerse su cumplimiento al presente caso, pues, lo que aquí se reprocha es la obligación que tenía la administradora de ilustrar correctamente al usuario en esa transición. Agréguese que, el cumplimiento de esos deberes por parte de la señora TUAY SIGUA, se puede constatar al momento de indagar acerca de los beneficios pensionales que podría obtener y que la llevaron a concluir que no eran los mismos en el fondo privado, respecto del público.

En consecuencia y atendiendo las decisiones jurisprudenciales citadas, considera la Sala que el punto de debate que debe plantearse en esta oportunidad, se encuentra acertadamente fijado desde la primera instancia, y se limita a establecer si PORVENIR SA demostró haber entregado a la demandante una información completa, veraz y comprensible al momento de efectuar su traslado.

Por esta razón debe procederse al estudio de los elementos de juicio allegados al plenario.

Tenemos que en primera instancia se practicó interrogatorio a la señora LEONILDE TUAY, de quien se escuchó la forma en que se efectuó el trámite de

traslado. Manifestó que para ese momento era bachiller, igualmente que, como trabajaba para entidades públicas los aportes al sistema de seguridad social los hacían al ISS. Indicó que el asesor fue a la oficina, realizaron traslados masivos y les ofrecieron mayores beneficios en cuanto al retiro de dineros, enfocándose al tema de cesantías, pero no al de pensiones. No le dijeron nada en cuanto ventajas o desventajas de ese traslado. Tampoco le explicaron que podía retornar al fondo público. Considera que su traslado no fue libre ni voluntario por haberse hecho de manera conjunta.

Debe aclararse que asiste razón al apoderado de PORVENIR cuando señala que la decisión de trasladarse fue libre de coacción, pues aunque la señora TUAY SIGUA manifestó que hoy considera que no resultó libre, de ello se dejó constancia en el formulario por ella firmado, pero esta circunstancia no puede restar responsabilidad a la demandada en cuanto a la obligación que tenía de informar suficientemente acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas y eventuales pérdidas de derechos que comportaba tal decisión, recuérdese que se trata de un usuario lego que se encuentra en una posición desmejorada en cuanto al manejo del funcionamiento del Sistema, frente a la entidad que le ofrece la administración de sus aportes.

Y aclara la Sala, la calidad de lego que se le otorga al usuario no se hace en consideración con los estudios que éste tiene, menos si los mismos no tienen relación con el manejo del Sistema General de Pensiones. Se trata de la transmisión de la claridad necesaria respecto de los aspectos que, por su especialidad, maneja a cabalidad la Administradora y que por ello se encuentra en mejor posición de transmitir y comprender, respecto del afiliado.

Por su parte, las demandadas presentaron como pruebas: el formulario de traslado, así como la copia del expediente o historial laboral, en el que se da cuenta de las cotizaciones efectuadas al Sistema; sin embargo, relacionado con la suficiencia en la información otorgada para el momento del traslado, no se adjuntó medio de convicción alguno. Se reitera que esta obligación no puede darse por cumplida con la mera presentación del formulario, pues en el mismo no se deja consignada constancia alguna al respecto. Sin contar además con que, según los precedentes jurisprudenciales, la manifestación de aceptación allí expresada no tiene la entidad suficiente para demostrar una adecuada ilustración por parte del fondo.

Como bien se dijo en líneas atrás, no solamente se concreta la ausencia de claridad o transparencia en lo que se enuncia, sino igualmente en aquello que no se advierte o se calla, lo que adquiere mayor connotación cuando se trata de personas que cuentan con los requerimientos para acceder a mejores beneficios pensionales, en los que, además, los datos ausentes son necesarios precisamente para ilustrar un evento tan trascendental como el relativo al eventual monto final de la pensión.

Además, debe tenerse en cuenta que la señora TUAY SIGUA realizó el traslado de régimen pensional en el año 1997, y, pese a que en ese momento todavía no se encontraba vigente el Decreto 2071 de 2015, como ya se demostró, el deber de información de las administradoras era plenamente exigible. Y, precisamente, en cumplimiento de ese deber, era necesaria una mayor profundidad en el planteamiento de las condiciones del sistema, atendiendo a las especiales circunstancias en que se encontraba la afiliada para ese momento, tanto frente a su edad, como en las cotizaciones que figuraban a su nombre. Adicionalmente, con la demanda se adjuntó solicitud de traslado de régimen pensional, en forma previa a la presentación de la demanda, demostrando con ello el inconformismo frente a la diferencia entre los dos regímenes.

Por todo lo antes indicado, considera esta Sala que no se demostró suficientemente que la demandada hubiera cumplido con el deber de informar en las condiciones ya señaladas a la señora LEONILDE, sobre las consecuencias que implicaría su traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. Corolario de lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, en lo relacionado con la ineficacia del traslado de régimen pensional a nombre de la demandante.

Ahora bien, en lo que hace relación al principio de progresividad, ha sido definido, entre otras, en sentencia T826 de 2014 como: *“una carga estatal de orden constitucional e internacional, en virtud de la cual el Estado debe propender por realizar reformas que permitan cada vez mayor inclusión y ampliación en los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, dicho principio no puede generar situaciones regresivas para los derechos y beneficios adquiridos en materia de seguridad social”*.

No obstante, no puede a este concepto dársele el alcance que pretende el apoderado de la AFP e imponerse a los usuarios la aceptación de las condiciones que tiene los fondos privados, solamente por ser posteriores. Como bien lo señala en su recurso, deben evaluarse las condiciones particulares de cada caso, sin desatender los derechos mínimos de los usuarios.

De igual manera ocurre con el principio de irrenunciabilidad de que trata el art. 53 Superior. Beneficios como el que se obtienen con el reconocimiento pensional no pueden ser desistidos por la mera voluntad de su destinatario. Ello en consonancia con la protección mínima que le asiste a todo trabajador y que se encuentra consagrada en la parte sustantiva del ordenamiento laboral.

No obstante, el hecho de acceder a la solicitud de traslado pensional presentado en esta oportunidad no implica que se desconozca este principio. Por el contrario, su materialización se hace patente en la medida en que se está privilegiando la libertad de escogencia que protege la Ley 100 de 1993. Lo pretendido por la demandante es que se conceda su derecho a la pensión en las condiciones que le resulten más favorables, conforme su inicial elección. Por esta misma razón no es viable adentrarse en la discusión relativa al monto final de la pensión; pero lo que si es posible evidenciar es que, por la estructura del sistema de seguridad social, de conformidad con los artículos 33 y siguientes de la Ley 100 de 1993, con el paso del tiempo y un aporte constante de un salario mínimo, se disminuye para el afiliado la posibilidad de incrementar el saldo de su cuenta individual en el fondo privado, de tal manera que la distribución del mismo para efectos de lograr su pensión igualmente decrece.

De acuerdo a lo indicado y, atendiendo además a que las decisiones citadas por el apoderado en su recurso no hacen relación directa con el asunto que en esta oportunidad se debate, no puede acogerse su posición.

En lo relacionado con la devolución de saldos en conjunto con los gastos de administración que fuera objeto de condena en la sentencia de primera instancia contra PORVENIR SA, esta decisión resulta acorde con los lineamientos jurisprudenciales que sobre el caso ha fijado la Corte Suprema de Justicia. Así lo ha indicado, esa alta Corporación, al señalar:

“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.”¹

Aunque en ese momento se estudió la nulidad del traslado, cabe precisar que el fundamento para tomar la decisión se adecuaba al presente caso. En consecuencia, no hay lugar a la variación de la decisión en este aspecto.

Cabe precisar que no se observa que el Juzgado de primera instancia hubiera desconocido el mandato contenido en el art. 230 de la Constitución Política, al observar el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, al atender las decisiones tomadas por esa Corporación en casos similares al aquí expuesto, se acoge una interpretación normativa acorde con los postulados planteados, por ejemplo, en la Ley 100 de 1993.

Y finalmente, en cuanto al planteamiento del recurso de apelación de la misma demandada, relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia con radicado No. 68852 de abril del año 2019, se precisa que los señores magistrados JORGE LUIS QUIRÓZ y ROBERTO ECHEVERRI, consideraron acertada la decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto.

Se adiciona frente al reparo relacionado con la condena en costas dictada en la sentencia de primera instancia, que la misma no depende de la valoración de la conducta de buena o mala fe de la demandada en el mismo sentido en que se valoran estos elementos para la procedencia de otras condenas, pues su origen se encuentra dispuesto normativamente en el art. 365 del CGP, el que expresamente contempla los eventos en los que deben imponerse; para este caso, se ampara esta condena en lo señalado por el numeral 1º del citado artículo, en tanto se impuso a

¹ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P Eduardo López Villegas

la parte que resultó vencida en el litigio. En cuanto a lo señalado en el numeral 5° de la misma norma, al indicarse *podrá* abstenerse de condenar en costas cuando la demanda prospere parcialmente, se trata de una posibilidad que se deja a criterio del fallador, pero no se impone su observancia.

Pero además, conforme lo indicado en el numeral 5° del art. 366 del CPLSS, la controversia sobre el monto de las agencias en derecho solamente es posible presentarla a través de los recursos de reposición y apelación contra el auto que las apruebe en el Juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: -CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de julio del año 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal, Casanare, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo del apelante vencido, como agencias en derecho se incluye la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen. Notifíquese esta decisión a las partes, conforme lo dispone el Decreto 806 de 2020.



JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada

ÁLVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado (En uso de permiso)