

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

M.P. Dr. ALVARO VINCOS URUEÑA

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 85-001-31-05-002-2019-00008-01
Demandante: OMAR HOLGUÍN PEREZ
Demandado: PORVENIR S.A, COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Procedencia: Juzgado Segundo Laboral de Yopal
Circuito: Yopal
Asunto: Resuelve Apelación y grado de consulta

SENTENCIA LABORAL No. 017

(Aprobada según acta No.052 de 2021)

En Yopal - Casanare, hoy diecisiete (17) de junio del año dos mil veintiuno (2021), se reunieron los Sres. Magistrados que integran la Sala de Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Doctores Jairo Armando González Gómez, Gloria Esperanza Málaver de Bonilla y Álvaro Vincos Urueña, este último en su calidad de Magistrado Ponente, con el fin de emitir el fallo que en esta instancia corresponda dentro del expediente No 85-001-31-05-002-2019-00008-01, proceso ordinario laboral promovido por OMAR HOLGUÍN PÉREZ en contra de

COLPENSIONES, y PORVENIR S.A, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 280 del Código General del Proceso.

1. ASUNTO

Se decide por la Sala el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la demandada Porvenir S.A en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal de fecha tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020), dentro del proceso referenciado.

2. ANTECEDENTES

2.1. En su escrito de demanda manifestó el señor OMAR HOLGUIN PEREZ que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales a partir del mes de marzo de 1979, donde realizó cotizaciones entre el 14 de octubre de 1976 al 31 de julio de 2004, fecha en la que se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Porvenir S.A.

Que al momento de realizar el traslado al régimen de ahorro individual no fue debidamente asesorado ya que en ningún momento le fue realizada la proyección alguna del monto de la prestación que podría recibir al momento de alcanzar la edad para acceder a la misma, ni las consecuencias, ventajas o desventajas que podría traer el traslado de régimen.

Manifestó que mediante simulación pensional Porvenir le informó que el monto de la pensión que le correspondería al cumplir los 62 años de edad es de \$1.576.500; sin embargo, una vez analizadas las cotizaciones de los últimos 10 años el número de semanas cotizadas con las que actualmente cuenta, en Colpensiones obtendría una pensión de más de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que las

cotizaciones que ha venido realizando en los últimos 10 años son superiores a 3 y en algunos casos a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pretende entonces, que se declare: i) *la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A desde el mes de junio de 1995;* ii) *se condene a Porvenir S.A a trasladar los aportes realizados a Colpensiones junto con los rendimientos generados y* iii) *Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y recibir los aportes realizados por el demandante.*

2.2. Mediante Auto de fecha siete (7) de febrero del año dos mil diecinueve (2019) se admitió la demanda y se ordenó la notificación a las demandadas.

2.2.1. Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, como excepciones de fondo propuso: *“Inexistencia del derecho y de la obligación del traslado de régimen pensional, buena fe por parte de Colpensiones, declatoria de excepciones”*. Por otro lado, que el traslado de régimen pensional es eficaz por cuanto hay una presunción de validez como lo establece el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Frente a los hechos señaló que no le consta que al momento del traslado de régimen pensional al actor, no se le haya dado una información veraz, clara y honesta sobre las desventajas o beneficios del cambio de régimen pensional, desconociendo los beneficios e induciendo al error, situación que deberá ser demostrada por la parte demandante dentro del proceso.

2.2.2 A su turno, Porvenir S.A contestó demanda el 5 de febrero de 2020, oponiéndose a las pretensiones, como excepciones de fondo propuso: *“falta de causa para pedir; inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir S.A.; Buena fe e innominada o genérica”*, lo anterior en el entendido que el señor OMAR HOLGUIN PEREZ, se trasladó de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo

que suscribió, aceptó y firmó el contrato mediante el cual se vinculó a esa administradora, sin que se hubiere hecho uso del derecho de retractación.

Señaló que el traslado realizado por el demandante se produjo por una decisión libre y voluntaria del mismo, sin que pueda endilgarse ninguna falta de información por parte de esa administradora, ya que se le brindó en debida forma la asesoría especializada al actor respecto de las consecuencias del cambio de régimen.

Manifestó que, a la fecha de traslado de la demandante, los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora.

2.2.3. Colfondos S.A, contestó la demanda señalando frente a los hechos que no le constan, por cuanto no tienen soportes de la asesoría que se le brindó al demandante. Indicó que el actor suscribió formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS el 18 de mayo de 1995, con fecha de efectividad el 1 de junio de 1995 proveniente de un traslado de régimen, con lo cual expresó su voluntad y libre escogencia de fondo de pensiones; por lo tanto, se encuentra exenta de vicios del consentimiento, siendo así que surtió plena validez jurídica.

En cuanto a las pretensiones no se opuso, toda vez que no se dirige contra esa compañía. Igualmente, no formuló excepciones de mérito.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal- Casanare, en audiencia pública llevada a cabo el día tres (3) de noviembre de 2020, luego de hacer un pequeño recuento de los hechos, pretensiones y el trámite procesal surtido, así como de encontrar cumplido los supuestos procesales, procedió a dictar sentencia accediendo a las pretensiones encaminadas a declarar la ineficacia del traslado de

régimen pensional, con fundamento en que le corresponde a la demandada AFP demostrar que brindó a la demandante información veraz y suficiente frente a lo que implicaba el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, circunstancias que no se encuentran acreditadas en el expediente, pues ninguno de los medios probatorios allegados al plenario, permiten arribar a la conclusión que el demandante, contó con una vasta ilustración que le permitiera optar por el traslado, previo a un análisis intelectual comparando sus pros y sus contras.

Manifestó la togada que, la firma en el formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información conforme lo ha reiterado la honorable Corte Suprema de Justicia.

Señaló la jueza que Colfondos que fue el primer fondo al que se afilió el demandante, no aportó ni siquiera el formulario de afiliación, menos se puede afirmar que el demandante hubiera recibido información suficiente y clara y menos que haya recibido algún tipo de instructivo o manual de como funcionaban los fondos, aunado a que el demandante señaló que la única información que recuerda es que el fondo público se iba a acabar y que iba a recibir mejores y mayores rendimientos, que si él hubiera tenido la información exacta jamás se había trasladado del fondo público al privado.

Manifestó la a-quo que, si bien la parte demandante pretende la nulidad del traslado lo cierto es que no existe ningún vicio del consentimiento en traslado, sumado a que la Corte Suprema de Justicia a dejado de lado la nulidad para aplicar hoy día la figura de la ineficacia del traslado, la cual es una institución jurídica más robusta y que va ligada a la información, por lo que no es dable a un fondo privado no otorgar al momento del traslado del afiliado toda la información necesaria, máxime cuando se evidencia que el actor inició su vida cotizante en el año 1985 hasta 1995 en un fondo publico como se desprende de su historia laboral; por ende, la información que debió recibir el demandante en el año 1995 por parte de Colfondos debió ser

específica, vinculada a su vida laboral, informándole las consecuencias jurídicas adversas y favorables que tenía en su momento afiliarse al fondo privado, además de haberle explicado que significa el retracto, pues hoy en día no se puede exigir como lo pretende el abogado de Porvenir de exigirle al demandante retractó de su decisión de afiliarse al fondo privado, cuando ni siquiera el fondo privado le explicó que es retractarse, qué tiempo tenía y bajo cuales presupuestos.

Indicó que las normas referidas a la nulidad relativa y nulidad total que propone Colfondos son del código civil y las mismas no son aplicables ni para la prescripción ni para la ineficacia de un traslado pensional, dado el derecho pensional que envuelve.

Expuso la togada que en el año 2005 el demandante se trasladó de un fondo privado a otro privado y frente a ello la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la afiliación o la reasesoría dentro del mismo régimen no convalida la actuación viciada o falta de información desde el inicio del traslado; en consecuencia, la nueva suscripción de un formulario en el mismo régimen pensional no convalida la actuación inicial que conllevó a que se declarara la ineficacia del traslado.

En cuanto a los gastos de administración señaló la jueza que, la jurisprudencia que cuando se declaran las ineficacias tiene una consecuencia y es que las cosas se vuelven a retrotraer al estado anterior, eso conlleva a que Porvenir deba devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes ahorrados por el demandante, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere y los gastos de administración.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado judicial de la demandada Porvenir S.A, presentó recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

Solicitó el apoderado que se revise el material probatorio obrante en el plenario, el cual en el caso del material documental evidencia que nunca se le vulneraron el derecho de información y el de libertad de escogencia, pues es claro que se impuso la voluntad del demandante y esto se ratifica con el formulario y demás documentales, aunado a que no se hizo del derecho de retractación.

Solicita se de aplicación a la aclaración de voto que hiciera el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia con radicado N° 68852 del año 2019, pues se evidencia que en este caso el demandante se pretende beneficiar de su propio descuido.

Igualmente, que se revoque lo pertinente a los gastos de administración habida cuenta que ello genera un enriquecimiento sin causa por parte del afiliado en detrimento de porvenir. Expresó su inconformidad frente a la condena en costas procesales al existir una justa causa para intervenir en el proceso judicial y negar la solicitud de traslado de la parte demandante por mandato legal.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde en esta ocasión a la Sala determinar I- si conforme a las pruebas recaudadas el demandante fue informado de forma clara y expresa sobre los beneficios y consecuencias de cambiar del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad so pena de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional por no cumplir los requisitos u obligaciones establecidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; II- si fruto de ineficacia el fondo privado debe devolver lo correspondiente a los gastos de administración, como parte de los aportes a transferir a Colpensiones y si estos deben ser indexados; III - si se impusieron las costas procesales adecuadamente y IV- se debe tener en cuenta la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz.

6. CONSIDERACIONES

En aplicación del principio de consonancia dispuesto en el artículo 66A del Código del Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, esta Sala de decisión se limitará a desatar los reparos formulados por la parte demandada Porvenir S.A contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020.

Así las cosas, frente al deber de información que le asiste a las Administradoras de Fondos Pensionales, es del caso señalar que, la Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia entre ellas las sentencias con radicado N° 31314 del 9 de septiembre de 2008; radicado N° 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL 12136 del 3 de septiembre de 2014; SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 18 de octubre de 2017; SL 3496 del 22 de agosto de 2018; SL 31989 del 9 de septiembre de 2018, entre otras, ha sido enfática en señalar el deber en cabeza de los fondos pensionales de suministrar a los afiliados una información diáfana, completa y comprensible sobre el traslado de régimen, de tal forma que el usuario pueda contar con los elementos necesarios para decidir sobre su futuro pensional.

En igual sentido, en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, la honorable Corte Suprema de Justicia analizó desde el punto legal y su contenido el deber de información en los siguientes términos:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un</i>

	<p><i>artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i></p> <p><i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i></p>	<p><i>régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>	<p><i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i></p> <p><i>Decreto 2241 de 2010</i></p>	<p><i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i></p>
<p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p>	<p><i>Ley 1748 de 2014</i></p> <p><i>Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015</i></p> <p><i>Circular Externa n. 016 de 2016</i></p>	<p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>

Ahora bien, frente a la carga de la prueba respecto al deber de información y consentimiento informado, la doctrina ha indicado, ante la imposibilidad del afiliado de acreditar que no recibió información por parte del fondo de pensiones,

que corresponde a la contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en la condición de hacerlo¹.

Lo anterior bajo el entendido que es la administradora del fondo de pensiones, quien tiene el deber de suministrar la información al momento del traslado entre regímenes, la cual conlleva diligencia y cuidado pues se requiere que el afiliado comprenda los beneficios y desventajas del cambio de régimen. Entonces, a la luz del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que para el caso en concreto corresponde a la administradora del fondo pensional.

Ha dicho el Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria frente a la carga de la prueba en cabeza de la administradora del fondo de pensiones que:

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

Así las cosas, resulta claro para esta colegiatura que la carga de la prueba de demostrar que efectivamente se brindó la información y asesoría sobre el cambio

¹ Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019.

de régimen pensional corresponde, sin lugar a dudas, a las administradoras de los fondos de pensiones en este caso Colfondos y Porvenir S.A y no al afiliado probar que no se le brindó la información como lo pretende el apoderado de la demandada recurrente.

De otro lado, en cuanto a la prueba para demostrar que efectivamente la administradora del fondo de pensiones cumplió con el deber de información, es del caso señalar que en la mayoría de asuntos como el aquí debatido la carga probatoria se ha centrado en la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se le ha dado el carácter de prueba reina para demostrar un consentimiento informado por parte de los fondos pensionales; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que lo dispuesto en los formularios de afiliación no es suficiente para demostrar el deber de información, es así, que en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, la CSJ señaló:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Por lo expuesto, se tiene que el formulario de afiliación no es prueba de un consentimiento informado del afiliado, toda vez que no permite establecer que efectivamente el usuario contó con la información sobre el traslado de régimen, comprendiendo las ventajas, desventajas, consecuencias y riesgo que implica el traslado de régimen pensional.

Descendiendo al caso bajo estudio, es claro para esta Colegiatura que inicialmente la Administradora de Pensiones Colfondos S.A y posteriormente Porvenir no cumplieron con su deber de informar al demandante las desventajas que podía tener

afiliarse al RAIS, ni si quiera se le puso al tanto en qué consistía el mismo, no realizó el respectivo paralelo sobre el monto pensional a recibir y no cumplió con ese deber de consejo que ha dicho la CSJ le asiste a las administradoras de los fondos pensionales.

En igual sentido, como medio probatorio fue arrimado el formulario de afiliación signado por el demandante que, a juicio de la demandada Porvenir S.A, es una prueba contundente que da cuenta de que al actor si se le suministró información relacionada con el cambio de régimen pensional, a tal punto que dejó plasmado su consentimiento informado con la firma en el formulario de afiliación; con todo, como ya se expuso en precedencia según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dicho documento no puede ser tenido como prueba fehaciente y suficiente que acredite el deber de información y consentimiento informado.

Por manera, que pese a que el apoderado judicial de Porvenir es insistente en señalar que su representada cumplió con el deber de información, lo cierto es que en el presente asunto la demandada, no demostró por ningún medio probatorio que brindó una información amplia, suficiente y veraz al actor al momento de realizar el traslado de régimen pensional sobre sus ventajas y desventajas, y consecuencias, así como la posibilidad de retractarse del traslado; por consiguiente, no puede endilgarle falta de cuidado a la demandante cuando es el Fondo quien tiene la responsabilidad de otorgar la información que el afiliado necesita.

Frente al reparo de exonerar a porvenir de la devolución de los Gastos de Administración, lo primero es indicar que basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado, el fondo privado ha de restituir la totalidad de los aportes hechos por el trabajador, y estos implican la devolución del 3% que en el régimen de ahorro individual, el fondo destina como gastos de administración; con ocasión de los efectos de la ineficacia se ordena así mismo la restitución de los rendimientos generados por dichos aportes. Así lo ha dicho la jurisprudencia desde antaño:

“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.”²

La misma tesis ha sido revalidada recientemente, la cual frente a los gastos de administración ha indicado:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades de régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL31989, 9 seo. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 2688-2019)”³

Así las cosas, el reparo planteado por el apoderado de Porvenir frente a los gastos de administración no está llamado a prosperar.

² Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P. Eduardo López Villegas

³ Sentencia SL3464-2019 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ del 14 de agosto de 2019, radicación N° 76284, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En cuanto al reparo relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia SL68852 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.

De otro lado, en lo que respecta al inconformismo planteado por el apoderado de la demandada Porvenir S.A., en lo concerniente a la condena en costas impuestas por parte del Juzgado de conocimiento, es de advertir que en el caso concreto de las condenas en costas la decisión del togado está debidamente sustentada en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

Pero, además, conforme lo indicado en el numeral 5º del art. 366 del C.G.P, 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 apruebe la liquidación de costas, luego no es este el momento procesal oportuno para presentar el inconformismo en este sentido.

Por lo descrito se confirmará la sentencia atacada en la cual se declaró la ineficacia del traslado entre regímenes, y por lo anterior le corresponderá realizar a PORVENIR S.A. la transacción de los valores que hubiere realizado la demandante con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales a COLPENSIONES.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la **SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL-CASANARE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

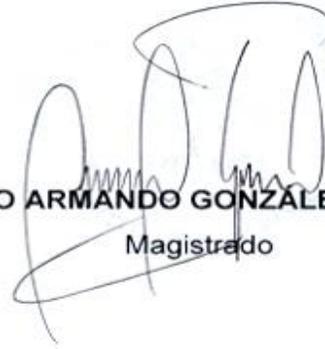
SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a porvenir como recurrente vencido. Como agencias en derecho se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cada uno.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Notifíquese esta decisión conforme al procedimiento establecido en el Decreto 806 de 2020.

Los Magistrados,


ALVARO VINOS URUEÑA
Magistrado


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada


JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado