



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA:	APELACION DE SENTENCIA
RADICADO:	20001-31-05-003-2015-00382-01
DEMANDANTE:	JUAN FRANCISCO ORTEGA GUERRA
DEMANDADA:	COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 2020, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, la apelación de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de mayo de 2016, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Juan Francisco Ortega Guerra contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Por su parte, en virtud de lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso, se le reconoce personería jurídica para actuar como abogado sustituto de la parte demandada al doctor Leonardo Luis Cuello Calderón, identificado con cedula de ciudadanía No.1.122.397.986 y con tarjeta profesional No.218.539 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos que el memorial poder indique.

ANTECEDENTES

1-. Presentó el demandante, por intermedio de apoderado judicial, demanda contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A, para que mediante sentencia, se declare y condene:

1.1.- La nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad del demandante realizado por PORVENIR S.A. .

1.2.- Que el demandante conserva el derecho a ser acreedor del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

1.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante, por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año a partir del 01 de marzo de 2009, se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación, y costas y agencias.

2.- Como sustento de las pretensiones, expuso como fundamentos de hecho, lo siguiente:

2.1.- Que el demandante nació el 01 de marzo de 1949, se afilió al sistema de pensiones el 23 de julio de 1985 en el Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, hoy COLPENSIONES.

2.2.- Que posteriormente fue afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el fondo de pensiones PORVENIR S.A.

2.3.- Que PORVENIR S.A al momento del traslado no le suministró información sobre el aumento de la edad para pensionarse, el saldo que debía acumular en su cuenta individual para tener derecho a una pensión anticipada y la pérdida del régimen de transición.

2.4.- Que el día 24 de enero de 2014, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, a lo que la entidad respondió que no aceptaba la solicitud por presentar inconsistencias en el estado actual de afiliación, que era necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras para definir el estado real de la afiliación.

2.5.- Que el 31 de marzo de 2014, el demandante radicó ante PORVENIR S.A una nueva solicitud de traslado de régimen para poder pensionarse con COLPENSIONES.

2.6.- Que a la fecha de presentación de la demanda las entidades demandadas no han notificado al demandante de respuesta alguna de su petición de traslado.

TRAMITE PROCESAL

3.- La demanda, correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, se admitió y se ordenó notificar y correr traslado a las demandadas el 19 de junio de 2015, mediante auto del 04 de marzo de 2016, se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha para realizar la audiencia consagrada en el artículo 77 del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social.

3.1.- COLPENSIONES en su contestación, aceptó unos hechos, no contestó otros, alegando que van dirigidos a la otra demandada, señaló que el demandante no tiene derecho a que se reconozca pensión por parte de COLPENSIONES, ya que se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad en el fondo PORVENIR, se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto existe temeridad en la acción y el demandante al trasladarse voluntariamente de régimen de pensiones perdió el régimen de Transición. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y prescripción.

3.2.- PORVENIR S.A por su parte, alegó que el traslado realizado el 26 de febrero de 1998, fue voluntario, libre y espontáneo, ya que los asesores comerciales del fondo estaban plenamente capacitados para dar información veraz, confiable, clara y completa al cliente, sobre los requisitos, ventajas, desventajas e implicaciones del traslado.

3.3.- Como fundamentos de su defensa, indicó que el traslado es un acto jurídico válido, que de acuerdo a la Sentencia C-1024/2004 en concordancia con la C-789/2003, las personas cobijadas con el régimen de transición que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tuvieran 15 o más años de servicios, tienen derecho a trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media, circunstancia que no cumple el demandante.

3.4.- Por último, excepcionó prescripción, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones, validez del traslado, ratificación de la

afiliación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y mala fe del demandante.

3.5.- El 19 de mayo de 2016, se realizó audiencia de trámite y juzgamiento, diligencia en la que se practicaron las pruebas, se surtió la etapa de alegatos y se profirió la respectiva sentencia.

LA SENTENCIA APELADA

4.- Mediante sentencia, el juez de instancia declaró no probadas las excepciones de mérito presentadas por las demandadas, y declaró la ineficacia del traslado que hizo el demandante del ISS a la administradora de pensiones PORVENR S.A, condenó a esta entidad a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor. Así mismo, condenó a COLPENSIONES a reconocer al demandante la pensión de vejez conforme a al Acuerdo 049 de 1990, a pagar indexación, y las costas a cargo del fondo privado.

4.1.- Como sustento de la decisión, señaló inicialmente como premisas, normativas y jurisprudenciales, el literal b del artículo 1 de la ley 100 de 1993, las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 46292 de 2014 y 55050 de 2015, en cuanto a que la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que hay una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de prima Media al de Ahorro Individual. Que la eficacia o ineficacia del traslado es relevante para establecer perdida del régimen de transición en virtud del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

4.2.- Consideró el *a quo*, que no aparece la prueba de que el fondo dio información completa, exacta y necesaria al demandante antes del traslado, ya que no bastaba con el simple formulario de la afiliación firmado por el trabajador, sino que era necesario demostrar haber brindado la información antes del traslado. En respuesta a los alegatos de las demandadas, aclaró que al juez no solo le corresponde determinar si se respetó el régimen de transición por contar con 15

años de servicios a la entrada de vigencia de la ley 100, sino que es necesario establecer previo a eso, si el traslado estuvo ajustado a las previsiones legales y jurisprudenciales.

4.3.- Una vez colegida la ineficacia del traslado de régimen, se refirió al derecho de pensión, estableciendo que el demandante era beneficiario del régimen de transición y le era aplicable las normas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por estar afiliado al ISS desde el 03/09/1984, que su derecho pensional se había causado desde el 01/03/2009, pero su disfrute sería una vez se produzca su desafiliación del sistema, con fundamento en las sentencias SL3565-2015 y radicado N° 33083 de 2011.

4.4.- Las demandadas apelaron la sentencia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, insistió en que PORVENIR S.A, es la encargada del reconocimiento de la pensión de vejez, por ser la entidad en la que se encuentra afiliado el demandante, que no es procedente el traslado de régimen en virtud del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que consagra la libertad de escogencia de régimen y la prohibición de traslado cuando faltaren 10 años o menos para pensionarse. Que conforme a la Sentencia C 1024/2004, solo se permite el traslado en cualquier tiempo, si al entrar en vigencia la ley 100, se tenía por lo menos 15 años de servicios. Trajo a colación una sentencia del Tribunal Superior de Quindío, en la que en un caso similar, se negaron las pretensiones, porque el actor no probó que la administradora de pensiones hubiera faltado a la obligación de información, ya que la carga de la prueba le corresponde al afiliado.

4.5.- La administradora PORVENIR, impugnó la decisión, para que fueran revocados sus ordinales Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Sexto y Séptimo, por estar probado que el demandante se encuentra afiliado a PORVENIR por traslado voluntario, libre y espontáneo, además, no hizo uso del retracto concedido, ni presentó reclamación a la entidad manifestando su inconformidad. Explicó que, solo con la expedición de la ley 1448/2014 y el Decreto 2071/2015, nace la obligación legal a las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permita conocer las consecuencias de sus traslados, por lo que los anteriores traslados son plenamente válidos, ya que el actor tuvo pleno conocimiento de la

consecuencia del traslado y certificó haber recibido la información completa, necesaria y veraz al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5. De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, así que, reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para hacer parte o para obrar en el proceso, y, por cuanto tampoco se vislumbra, causal de nulidad que tenga la virtualidad de invalidar la actuación surtida, se procede a decidir de fondo.

6. Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado del demandante a régimen pensional de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a COLPENSIONES de todos los valores recibidos por el fondo PORVENIR S.A, condenando a la primera a reconocer al demandante pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con la respectiva indexación de las mesadas pensionales.

7.- Para resolver el debate planteado, se debe tener en cuenta inicialmente lo siguiente:

- Juan Francisco Ortega Guerra se encontraba afiliado en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 03/09/1984 como consta en el resumen de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES a folio 9.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A, el 26 de febrero de 1998, folio 8.

8.- El artículo 13 de la ley 100 del 1993, establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como, los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)

9.- En relación con las características «libre y voluntaria» de la selección de régimen, la Corte Suprema de Justicia ya ha manifestado su posición, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019, asentó que la información precisa, es un elemento esencial de la libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que

documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

10.- En el presente asunto, es al fondo demandado, a quien le corresponde acreditar haber cumplido con la obligación de brindar información al trabajador o afiliado, como mínimo, acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su decisión, por la inversión de la carga de la prueba a favor del demandante, quien alegó no recibir la información debida cuando se afilió y ello corresponde a una negación indefinida que no requiere prueba, en virtud del inciso final del artículo 167 del CGP.

11.- Así se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando (SL1688-2019):

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”

12.- El deber de informar no se puede tener por cumplido, por el simple hecho de firmar el formato de traslado, con leyenda impresa de realizarlo «*de forma libre, espontánea y sin presiones*», folio 102, como pretende asumirlo PORVENIR S.A, pues dicha manifestación solo se refiere a la voluntad del afiliado, como lo manifestó la Corte en la Sentencia anteriormente referida:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.”

13.- Alega la demandada Porvenir S.A, que la obligación legal de poner en conocimiento de sus afiliados las consecuencias de sus traslados, solo surgió con la expedición de la ley 1448 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, argumento que no es de recibo por esta Sala, puesto que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación, en virtud de la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP, así lo detalló la Corte en la sentencia precedente en la que llegó a la siguiente conclusión:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.”

14.- Por último, ante el reproche de COLPENSIONES, que el afiliado demandante no cumple los requisitos referidos en las sentencias de la Corte Constitucional, en cuanto a la procedencia del traslado por tener 15 años de servicios a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993, adoptará la Sala, la tesis jurisprudencial que el deber de información ya decantado, subsiste sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. (SL1452-2019) y (SL1688-2019).

15.- Conforme a lo dicho, acertó el *a quo* en despachar favorablemente la pretensión de declarar ineficaz el traslado realizado por el

demandante, con la consecuencia ineludible del traslado de todos los valores recibidos por PORVENIR S.A a la administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

16.- Ahora bien, la ineficacia del acto de traslado, retrotrae las cosas al estado en que se encontraban antes de su ocurrencia, lo que conlleva a que COLPENSIONES reactive la afiliación al régimen de Prima Media con Prestación Definida o reconozca la respectiva pensión de vejez, conservando el régimen de transición del que sea beneficiario el demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

17.- Se tiene que el accionante nació el 01 de marzo de 1949, folio 7, y a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, contaba con 45 años de edad, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición, por tanto le es aplicable lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por estar afiliado al ISS desde el 03/09/1984, folios 9 y 166.

17.1.- Así mismo, se constata, que el demandante cumple los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, ya que cumplió 60 años de edad el 01 de marzo de 2009, y en dicha fecha tenía cotizadas el número de semanas exigidas en dicha norma, esto es 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1.000 semanas en cualquier tiempo, como se desprende de las historias laborales visibles a folio 9, 137 a 157 y 162 a 168.

17.2.- Como lo estableció el juez de primer grado, el derecho pensional del demandante se causó el 01 de marzo de 2009, y la prestación se reconocerá a partir del momento de su retiro del sistema teniendo en cuenta que en el trámite no se acreditó tal circunstancia, por el contrario de lo certificado por PORVENIS S.A a folio 136 y 157 se infiere, que el demandante aún se encuentra afiliado y/o cotizando al sistema, fecha de reconocimiento que se encuentra conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL3565-2015.

18.- Por todo lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

19.- Por no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV para cada una, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

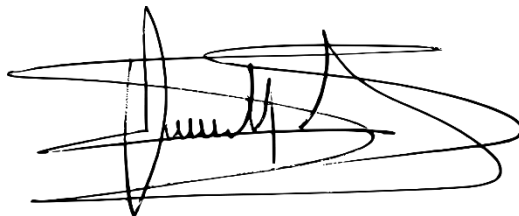
DECISION

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de mayo de 2016, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, por las razones aquí expuestas

Costas a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, para cada una.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTIFIQUESE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



ALVARO LÓPEZ VALERA
Magistrado



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
Magistrada