

RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO QUE PUEDE CONSULTAR EN EL DESPACHO DE ORIGEN

NÚMERO DE RADICADO: Acumulados procesos 050013105004 **2017-00288** 00, 050013105010 **2017-00059** 00, 0500131050007 **2018-0849** 00,

TEMA: **INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN. Deber de información al interesado.** No puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconozcan la incidencia que el cambio del régimen pueda traer en sus derechos prestacionales y tal requisito no puede darse por satisfecho con una simple expresión genérica, (...) la expresión libre y voluntaria del literal B del artículo 13 de la ley 100 del 93, presupone de forma necesaria conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se sale a plenitud las repercusiones del cambio de régimen pensional.

PONENTE: DR. JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

FECHA: 10/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

Extracto: (...) la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo, no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de trato sucesivo y de carácter vitalicio, pero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por el beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, al respecto esta la sentencia del 18 de diciembre de 1954 y 18 de febrero de 2005 radicación 21378 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, adicionalmente la sentencia SL 68838 del 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó:

“Primero. Que la acción de ineficacia de traslado al régimen de pensión es imprescriptible, como también lo es el derecho del ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional o una mejor prestación. Segundo. Que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de esos reconocimientos. Tercero. Que los hechos o estados jurídicos no prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ellos. Cuarto. Que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de ineficacia, porque la sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas, (...) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

De lo anterior se concluye entonces que no opera el plazo distintivo alguno frente a las acciones que dieron origen a estos procesos.

(...) El sistema general de pensiones creado por ley 100 de 1993, está integrado por dos regímenes solidarios que coexisten, pero se excluyen entre sí, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al artículo 13 literal B, de la normatividad aludida, la selección de una o cualquiera de los dos regímenes, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o 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”.

A juicio en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconozcan la incidencia que el cambio del régimen pueda traer en sus derechos prestacionales y tal requisito no puede darse por satisfecho con una simple expresión genérica, según esta corporación, la expresión libre y voluntaria del literal B del artículo 13 de la ley 100 del 93, presupone de forma necesaria conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se sale a plenitud las repercusiones del cambio de régimen pensional; en este punto, nos permitimos citar la sentencia CL 12136 del 3 de septiembre de 2014 radicación 46292, donde nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria manifestó: “de allí que desde el inicio haya

Relatoria

correspondido a las administradora del fondo de pensiones, dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena declarar la ineficacia ese tránsito, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgado podrá abalar su transición. No se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le basta con advertir que existió un traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester para la solución, advertir que la misma es válida.”

El Alto Tribunal tiene establecido que la administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados como lo prescribe el artículo 97 del Sistema de Seguridad Social Integral, que la ley radica en tales administradoras el deber de gestión de los interés de quienes se vinculan a ella, deber que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, que la administradora desiste por la necesidad que tiene el sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas con conocimientos y experiencias en las cuales puedan confiar los ciudadanos que entregan sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana, en caso de muerte prematura, particularidades que ubican a la administradora en el campo de la responsabilidad profesional, que las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna, los servicios inherentes a la calidad de las instituciones de carácter previsional y que se tasa con una vara de rigor superior a las que se utiliza frente a las obligaciones en particulares por ejercer en un campo que la Constitución Política estima que concierne los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48, como del artículo 335 superior y les impone el deber de cumplir puntualmente con suma diligencia, prudencia y pericia las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, especialmente la de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de la misma como la manda el artículo 1603 del Código Civil regla válida para las obligaciones cualquiera que fuese su fuente legal, reglamentaria o contractual. Sentencia de Casación Laboral del 22 de noviembre de 2011, radicación 33083.

La corporación aludida ha explicado que la doctrina ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia gestión fiduciaria como la administradora de pensiones que emanan de la buena fe, como lo es la transparencia, vigilancia y el deber de información, la información debe comprender todas las etapas de los procesos desde la antesala de la afiliación hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional, las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida que la simetría, que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad, esta es una información que ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ya tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información y como la emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, la ilustración suficiente, dado a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, y aun llegar si fuere el caso, a desanimar al interesado tomar una opción que claramente le perjudican. Sentencia de Casación Laboral del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083.

Según el Alto Tribunal, no se trata únicamente de complementar un formato ni adherirse a una clausura genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la transcendencia de la decisión adoptada antes del cambio de prima media al de ahorro individual consolidaría, encontrándose o no la persona en transición Sentencia de la Sala de Casación Laboral, SL 19447 de 2017 y SL 1452 y 1688 del año 2019.

También ha dicho la Corte que la asesoría debe comprender los beneficios que disponen el nuevo régimen, sino además el monto de la pensión en cada uno de los sistemas, la diferencia en el pago de los

Relatoria

aportes, las implicaciones y la conveniencia o no, de la eventual decisión, entre otros, sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 radicación 46292.

Adicionalmente en las sentencias SL 1452 y 1688 del 2019 la Sala de Casación Laboral de la Corte, explicó que en los procesos en los cuales se controvierten la eficacia del traslado entre régimen pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, entonces como el trabajador no puede acreditar que no recibió la información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó.

Según la Corte la invención 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 en desventaja, el esclarecimiento de los hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar, en este caso, pedir al afiliado una prueba del alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponda a un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió con la obligación respectiva, la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que esta entidad está obligada a observar la obligación de brindar información y más aún, probar ante la autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en una solicitud de traslado al régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria del régimen por parte del afiliado no puede calificarse como tal, si este no recibe la información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre el alcance de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que este acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, además el deber de información a cargo de la administradora de pensiones no es un privilegio quien se beneficia en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 del 93, ni de quienes tienen un derecho consolidado, quienes están próximos a pensionarse, porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace tal distinción.

CASOS CONCRETOS: (...) En las procesos (...) a juicio de la Sala, ninguna prueba permite establecer que el traslado de los señores Abelardo de Jesús Guzmán Hurtado, María Elena de la Cruz García Agudelo y Emilio de Jesús Cadavid Guzmán de régimen de prima media con prestación definida a régimen de ahorro individual con solidaridad se hubiere causado en términos de eficacia, porque no se evidencia que Oldmutual pensiones y cesantías S.A., la administradora de fondo de pensiones y cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. pensiones y cesantías y la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.; hubiesen cumplido con el deber de brindarles a los mencionados ciudadanos, una información adecuada, suficiente cierta, comprensible, transparente, respecto a la vinculación en los dos regímenes pensionales y sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el cambio de régimen pensional.

En este orden se concluye que el traslado del señor Abelardo de Jesús Guzmán Hurtado a Oldmutual pensiones y cesantías S.A. y su vinculación a Protección; el de la señora María Elena de la Cruz García Agudelo a Colfondos S.A. pensiones y cesantías y su vinculación a Protección; y el del señor Emilio de Jesús Cadavid Guzmán a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. nunca existió y por lo tanto es ineficaz y que la única afiliación válida de los citados ciudadanos al régimen pensional es la efectuada a régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por Colpensiones.

En los procesos de los señores Abelardo de Jesús Guzmán Hurtado, Emilio de Jesús Cadavid Guzmán, los apoderados de Protección y la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías

Relatoria

Porvenir S.A. respectivamente, no comparten la orden de devolución de las cuotas de administración de las sumas adicionales y el porcentaje de la garantía a la pensión mínima, porque a su criterio, de la buena administración de la cuenta de ahorros individual de los afiliados generó rendimientos, pero a juicio de la Sala, la postura de los mencionados profesionales no está llamada a prosperar, en la medida que la ineficacia del traslado, implica la transferencia de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de los demandantes, con los rendimientos financieros que se hubiesen generado, así como los descuentos efectuados por garantías de pensión mínima, las sumas de dineros percibidas por concepto de gastos de administración y las sumas adicionales de las aseguradoras debidamente indexados; los cuales deben asumir Oldmutual pensiones y cesantías S.A., la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. Colfondos S.A. pensiones y cesantías y la sociedad administradora del fondo pensiones y cesantías Porvenir S.A., por los periodos durante los cuales los mencionados ciudadanos permanecieron afiliados a las APP referidas, a la administradora cuya afiliación es válida y en el caso que no se hubiese hecho en el trámite del caso de la señora María Elena de la Cruz García Agudelo.

La Corte Constitucional mediante sentencia C 1024 de 2004, SU 061 de 2010, SU 130 de 2013, así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 1688 de 2019, se hacen referencia a dichas restituciones.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibo en razón de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que hubiesen causado, en tanto que al haber sido una conducta indebida de la administradora, esta deberá 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 del sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración que hubiese incurrido, los cuales serán asumidos por la administradora, a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto, la misma regla del artículo 963 del Código Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2008 radicado 32989.

Es de anotar que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenaran trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente, más los rendimientos que se hubiesen generado en caso que el demandantes hubiesen permanecido en el régimen de prima media, serán Oldmutual pensiones y cesantías S.A., la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A. pensiones y cesantías y la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., quienes asuman la diferencias que resulten en proporción a los periodos durante los cuales los accionantes permanecieron afiliados a cada una de las APP referidas.

Las costas de la primera instancia corren en favor del señor Abelardo de Jesús Guzmán Hurtado y a cargo de Oldmutual pensiones y cesantías S.A, y la de la administradora fondo de pensiones y cesantías Protección S.A; en favor de la señora María Elena de la Cruz García Agudelo y a cargo de Colfondos S.A. pensiones y cesantías y la administradora del fondo de pensiones y cesantías Protección S.A.; y en favor del señor Emilio de Jesús Cadavid Guzmán y cago de la sociedad administradora del fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. En esta instancia no se causaron costas.

Lo anterior porque aparte de que en este juicio se declaró la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual consolidado del señor Abelardo de Jesús Guzmán Hurtado a Oldmutual pensiones y cesantías S.A. y a Protección, a los fondos privados referidos se les ordeno trasladar la totalidad de los valores que recibieron con motivo del traslado mencionado, incluyendo los rendimientos financiaron que hubiesen generado por estos, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, la suma de dineros percibidos por gastos de administración y las sumas adicionales de las aseguradoras debidamente indexadas, por ende, resulta razonable imponer el pago de las costas del

Relatoria

proceso a cargo de los fondos privados, pues la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, solo está obligada a recibir los valores aludidos como resultado de la decisión proferida en este juicio, por eso no se impone costas a Colpensiones.

Con forme a lo expuesto esta sala de decisión, CONFIRMARA, MODIFICARA Y ADICIONARA las sentencias de primera instancia que se revisan en apelación y consulta.