

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente

Valledupar, Cesar, dieciocho (18) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIANA PATRICIA PAVAJEAU
Demandado: PORVENIR S.A Y OTROS
Radicación: 20001 31 05 004 2023 00026 00.
Decisión: CONFIRMA SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de febrero de 2024. Igualmente se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

Diana Patricia Pavajeau, a través de apoderado judicial promovió demanda laboral para que se declare ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual en pensión administrado por AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se le ordene a AFP Porvenir S.A y Protección S.A, esta última en donde se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual y cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación. A Colpensiones a aceptar y realizar los trámites tendientes al retorno al régimen de prima media y la convalidación de aportes trasladados, más las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, nació el 25 de abril de 1966 y realizó su afiliación por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones, en el mes de junio del año 1994, mediante el ISS, hoy Colpensiones.

Indicó que, cotizó en el régimen de prima media con prestación definida (RPMD) hasta el 31 de octubre del año 1996, añadió que, en esa fecha se produjo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)

Manifestó que, el traslado de régimen se llevó a cabo mediante la AFP Porvenir S.A y los representantes del empleador en ese entonces, agregó que, recibió una llamada por parte de funcionarios de Porvenir S.A para comunicar dicho traslado y coordinar los tramites necesario para la ejecución de este.

Señaló que, el aludido traslado se realizó sin que el asesor de Porvenir S.A, mediara una información o explicación alguna acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas del traslado de régimen.

Arguyó que, en septiembre de 1998 se vinculó con la AFP Protección S.A, sin embargo, al igual que con la AFP del RAIS a la que estuvo vinculada con anterioridad, tampoco se le brindó la asesoría correspondiente sobre los beneficios y consecuencia de permanecer en ese régimen.

Expuso que, instauró para solicitudes ante las AFP Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones S.A con la finalidad de realizar la anulación del traslado, pero estas fueron contestadas de forma negativa.

Por último, mencionó que, la omisión de Porvenir S.A y Protección S.A en no brindar asesoría e información sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, le ha causado un detrimento a su derecho pensional

Al contestar, **Porvenir S.A** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aceptó lo referido a su natalicio, la fecha de vinculación, y la gestión administrativa encaminada a la anulación del traslado, desestimó unos hechos y señaló no constarle otros.

Como medio defensa propuso las excepciones de fondo denominadas “*prescripción*”, “*prescripción de la acción de nulidad*”, “*cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*” y “*buena fe*”.

Por su parte, **Protección S.A**, al contestar, también se opuso a las pretensiones consignadas en la demanda, aceptó lo referente a su nacimiento, afiliación con su entidad y el traslado de regímenes efectuado por Porvenir S.A, de igual manera aceptó lo concerniente al trámite administrativo para la rescisión del traslado, finalmente manifestó no constarle unos hechos y negó otros.

Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso como excepción de mérito la “*Prescripción*”, “*improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado*”, “*firmeza del consentimiento del traslado del RPMD y la afiliación al RAIS*”, “*ratificación del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a los fondos privados*”, “*inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*”, “*inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*”, “*ausencia absoluta de responsabilidad*”, “*inexistencia de la obligación y causa para pedir*” “*compensación*”, “*buena fe por parte de protección S.A*” “*no nominada o genérica*”

A su vez, **Colpensiones** se opuso las pretensiones, señaló no constarle los hechos de la demanda, a excepción del diligenciamiento administrativo para nulitar el traslado de regímenes.

Planteó las excepciones denominadas “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción extintiva de la acción”, “Buena fe” y “innominada o genérica”

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia del 19 de febrero del 2024, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante DIANA PATRICIA PAVAJEAU realizó el 22 de octubre del año 1996, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, continuará afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES, como si no se hubiese efectuado dicho traslado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante DIANA PATRICIA PAVAJEAU, más los intereses y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, del tiempo en que estuvo afiliada la demandante en dicho fondo administrador de pensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Ordenar a COLPENSIONES, que reactive la afiliación de la demandante DIANA PATRICIA PAVAJEAU, y reciba por parte de PROTECCIÓN S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y todo lo que se ha ordenado debe ser trasladado de aquella a esta, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Ordenar a COLPENSIONES, que reciba por parte de PORVENIR S.A., los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliada la demandante en dicho fondo privado administrador de pensiones.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones perentorias de mérito, de fondo, que fueron opuestas por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Condenar en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Para tales efectos se señala como agencias en derecho en la suma de un (1) SMLMV, los cuales deberán ser cancelados en partes iguales por cada una de dichas administradoras de pensiones, es decir, cada una deberá pagar medio SMLMV a la fecha de esta sentencia.

SÉPTIMO: *En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser COLPENSIONES una de las demandadas y por tratarse de una entidad pública, se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral.”*

Como sustento de su decisión, determinó que es deber de las administradoras de fondos pensionales suministrar la información completa y comprensible, de conformidad con lo mencionado resaltó que la carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de pensión, Porvenir S.A y Protección S.A, por ser a quienes se les atribuye el incumplimiento de la proporción de información completa y veraz, previó al traslado, lo cual no lograron demostrar a través de los distintos medios probatorios, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes los apoderados de las demandadas **Colpensiones** y **Porvenir S.A** interpusieron recurso de apelación, con el cual la primera de las demandadas indicó que la hoy demandante no la asiste razón para que se le declare la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que se encuentra en una prohibición legal contemplada por el literal E del artículo segundo de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 13 de las del 93 añadió que, el traslado efectuado tiene plena validez y no existen afirmaciones de vicio del consentimiento, como tampoco existe omisión de esa información vital para ver efectuado el cambio de régimen, tampoco se encontró probado que dentro del desarrollo del proceso que NO se contó con todas las garantías propias del debido proceso y del derecho de contradicción.

Por su parte, la apoderada de **Porvenir S.A** imploró la revocatoria sobre la devolución de los gastos de administración. Manifestó que, estos gastos de administración tienen una destinación legal específica establecida en la Ley 100 de 1993, y que, en ambos regímenes pensionales, existe esa obligación de destinar esta parte a los gastos de administración. Añadió que,

las sumas de dinero por concepto de gastos de administración ya no se encuentran en poder de Porvenir S.A dado que, estas fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicó esa correcta administración de esos recursos aportados a la cuenta individual de la demandante.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante

Para atender la consulta y la apelación, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo de la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la elección libre y voluntaria por parte del afiliado. A su turno, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la escogencia debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, contempla las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación, además dispone la ineficacia del traslado al advertir que se debe dejar sin efecto la efectuada sin el lleno de ese requisito, con el fin de garantizar que el afiliado pueda realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, prevé en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin

de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que **las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.**

De igual forma, frente al tema el artículo 4° Decreto 656 de 1994, dispone que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 dispone que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3464-2019 reiteró que desde la SL1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a este deber se aborda desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL19447- 2017 y SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configura con

el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020; STL3200-2020; SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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 perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción que **para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil ha dispuesto la inversión la carga de la prueba, por lo que debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes realizados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

En el presente asunto, se encuentra demostrado con la cedula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de abril de 1966 (Pag.7 Poder - Pruebas), de igual manera queda evidenciado la afiliación a **Colpensiones** el 7 de junio de 1994 tal como consta en los anexos de la contestación de la demanda por parte de Colpensiones, asimismo el traslado de régimen de prima media con prestación definida a el RAIS a través de la **AFP Porvenir S.A** el 22 de octubre de 1996 (Pag.46 Archivo 31ContestaDda), queda acreditado igualmente el traslado realizado a la **AFP Protección** el 1° de noviembre de 1998 tal como consta en la fecha de suscripción de la solicitud aportada en la demanda (Pag.52 Archivo 11ContestacionDdaYAnexos)

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que, se afilió a Porvenir S.A en razón a que el ISS iba a desaparecer por lo que tomó la decisión de trasladarse, indicó además que un asesor realizó el trámite para el traslado del ISS a Porvenir S.A, sin embargo, este no le dio la información alguna sobre los beneficios, condiciones, ventajas y desventajas del traslado RPM a el RAIS.

Conforme a las pruebas antes aportadas, encuentra la Sala que la AFP Provenir S.A y AFP Protección S.A, incumplieron el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostraron en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento del traslado de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

De acuerdo con el escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen sin el conocimiento de las desventajas que pueda generarle o la referencia que el fondo público se acabaría no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021).

En consecuencia, resulta evidente que se configura una violación del deber de información, que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, se ordena a la AFP Porvenir S.A, fondo al que se encuentra afiliado actualmente la accionante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. Tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 y SL5680-2021, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, tal y como lo dispuso la *a quo*.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración y comisiones mientras estuvo afiliada a dicho fondo, dado que la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos*

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”(CSJ SL 4360-2019). Razón por la cual, se confirma la decisión analizada frente a este tópico.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma la decisión analizada.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del Art 365 del CGP se condenará en costas a AFP Porvenir; frente a Colpensiones por surtirse la actuación en el grado jurisdiccional de consulta, resulta no proceden las condenas en costas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°1 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de febrero de 2024.

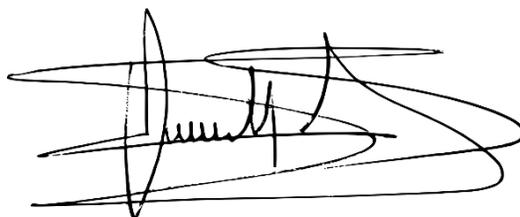
SEGUNDO: COSTAS a cargo de AFP Porvenir, fijese por concepto de agencias en derecho por esta instancia, la suma equivalente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado