



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 200013105 **003 2020 00148 01**
DEMANDANTE: NEVIS JESÚS RODRÍGUEZ DUEÑAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Valledupar, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, decide la Sala de manera escrita los recursos de apelación que interpusieron las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, así como la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 29 de noviembre de 2021. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se le ordene a Porvenir S.A. en donde se encuentra afiliado actualmente a trasladar a Colpensiones cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación. A Colpensiones a realizar los trámites tendientes al retorno al régimen de prima media y la convalidación de aportes trasladados. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás

derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de marzo de 1957 y se afilió en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde que inició su vida laboral en el año 1983. El 4 de septiembre de 1997 se cambió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A, luego a Porvenir S.A. a partir del 1º de mayo de 1998. Adujo que el promotor del fondo no le informó sobre de las características de cada uno de los regímenes sus ventajas, desventajas y los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez. Finalmente, que las demandadas negaron su solicitud de traslado.

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que el actor se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la solicitud de traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

Protección S.A. AFP, también rechazó las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió la fecha del traslado y que el 1º de marzo de 1998, trasladó a Porvenir S.A., todos los saldos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del afiliado. En su defensa, propuso las excepciones de mérito de prescripción, improcedencia de la solicitud de ineficacia de la afiliación, falta de controversia, firmeza del consentimiento de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, inexistencia de la obligación y causa para pedir, improcedencia de condena en costas, compensación y buena fe.

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas. Manifestó no constarle los hechos de la demanda. Planteó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen celebrada con la AFP Protección S.A., el 4 de septiembre de 1997. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A, como actual AFP a la que se encuentra afiliado el actor a devolver a Colpensiones *“todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionarles y sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos, especificando a qué semanas corresponden los valores girados”*.

Asimismo, ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del promotor a ese régimen junto a todos los valores ordenados a pagar a la AFP. Absolvió a Protección S.A. de las pretensiones de la demanda. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que, a pesar de haber suscrito el accionante voluntariamente el formulario de afiliación y traslado, la AFP no probó haber brindado en este momento una información, clara, suficiente, oportuna y documentada para tomará una decisión informada, por lo que era procedente la ineficacia de acto jurídico de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Porvenir S.A., imploró revocar la sentencia, al considerar que el cambio de régimen es improcedente, por cuanto no existe vicio en el acto de afiliación, en tanto que se trató de una conducta libre y voluntario, debido a que con la suscripción del formulario de inscripción el demandante manifestó su voluntad. Además, el desconocimiento de la norma no sirve de

excusa y que erró el juez al ordenar devolver los valores causados por concepto de gastos de administración y rendimientos, los cuales se generaron por la buena gestión de la administradora de pensiones.

Por su parte, **Colpensiones** suplicó la revocatoria de la decisión al señalar que el actor no cumple con las exigencias legales para concederle el traslado de régimen pensional.

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 actora.

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 *ibídem*, 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 1º 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 4º 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado que el promotor del juicio nació el 24 de marzo de 1957 (f.º18 de la demanda) y cambió de régimen pensional de prima media al de ahorro individual mediante formulario de afiliación suscrito el 4 de septiembre de 1997, a través de la AFP Davivir hoy Protección y el 1º de mayo de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. (f.º 122 de la contestación de Porvenir S.A).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, señaló que lo abordó un asesor de Davivir AFP, hoy Protección S.A., manifestándole que se pasará a ese fondo de pensiones por que el Instituto de Seguros Sociales y Cajanal se acabarían y su dinero se iba a perder, llenándolo de terror.

Conforme a las pruebas aportadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple 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 demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al 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, fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, 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. En consecuencia, con el fin de precisar los conceptos que deben ser transferidos a Colpensiones la Sala modifica el fallo analizado.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración y comisiones mientras estuvo afiliado 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 adiciona 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 modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Al haberse resuelto desfavorablemente el recurso interpuesto por Porvenir S.A, se condena en costas de esta instancia de conformidad con el artículo 365 del CGP, aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS. Las de primera instancia estarán en cabeza únicamente de Porvenir S.A. y Protección S.A., por ello, se modifica el numeral cuarto.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°2 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 29 de noviembre de 2021, el cual quedará así: **PRIMERO:** *Declarar la ineficacia del traslado que Nevis Jesús Rodríguez Dueñas, hizo del Instituto De Seguros Sociales hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual. En consecuencia,* **CONDENAR** *a Porvenir SA AFP a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, así como los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; 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”.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 29 de noviembre de 2021, en el sentido de condenar a AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES – los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades del tiempo en que estuvo afiliado el demandante en dicho fondo.

TERCERO: MODIFICAR el numeral quinto, en el sentido de condenar al pago de las costas de primera instancia en cabeza únicamente de Porvenir S.A. y Protección S.A.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: CONDENAR a Porvenir S.A., a pagar las costas de esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV, las cuales se liquidarán concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

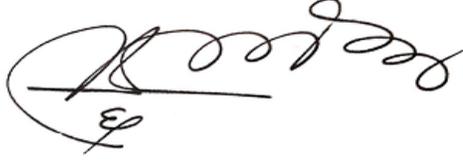
Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JHON RUSER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado