



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: 20001 3105 **003 2020 00142 01**
DEMANDANTE: SANDRA JUDITH HERRERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

Valledupar, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita los recursos de apelación que interpusieron las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 23 de mayo de 2022. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor del Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se le ordene a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación. A Colpensiones a aceptar el traslado. Asimismo, se condene en costas a las entidades demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó a pensiones al Instituto de Seguro Social el año 1987 y en 2003 se trasladó al régimen de

ahorro individual a través de la AFP Horizonte hoy Colfondos S.A. Adujo que el promotor del fondo no le informó sobre las características de cada uno de los regímenes sus ventajas, desventajas y los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez.

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no constarle y no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

La AFP **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no constarle y no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y causa para pedir, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y no procedencia de condenas en costas.

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó como cierto el hecho referente a la fecha de traslado al RAIS y los demás manifestó no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominada o genérica y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 23 de mayo de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que la señora Sandra Judith Herrera, *realizó del ISS a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy Porvenir S.A, posteriormente a Colfondos S.A y luego a Porvenir S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida del ISS hoy administrado por Colpensiones, deberá devolver a esta todos los valores que hubiese recibido con motivos de la afiliación del actora tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora como los rendimientos que hubieren causado, especificando a que semanas corresponden los valores girados, ordenar a Colpensiones que proceda a aceptar el traslado junto con todos los valores hubiese recibido.*

SEGUNDO: Ordenar a COLPENSIONES que una vez PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora SANDRA JUDITH HERRERA, junto con todos los valores que hubiere recibidos con motivos de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos causados, especificando a que semanas corresponden los valores girados.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas, conforme a la expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Declarar probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por COLFONDOS S.A

QUINTO: Condénese en costas procesales a PORVENIR S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, las que se liquidarán conforme lo establecido en el artículo 366 del CGP, una vez quede en firme la providencia (...)"

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las demandadas probó haber brindado a la demandante para el momento de la afiliación una información, clara, suficiente, oportuna y documentada para tomar una decisión informada.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A y probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Colfondos S.A, todo en vista que la ineficacia no depende de ella en la actualidad, ya que la demandante no se encuentra vinculada allí y todos los frutos ya los trasladó a su oportunidad a Porvenir S.A. Condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **Porvenir S.A**, imploró revocar la sentencia, al ser improcedente el traslado de régimen, dado que no existe de vicio alguno en el acto de afiliación y en caso de haber existido este, se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante. Además, se demostró en interrogatorio de parte que la demandante se trasladó entre fondos privados de manera libre y voluntaria.

Además, no se puede ordenar el traslado de rendimientos y gastos de administración, debido a que los mismos surgieron por la buena gestión

realizada por ese fondo y su traslado a Colpensiones, consagraría enriquecimiento ilícito, máxime que no existe norma que así lo consagre.

Por su parte **Colpensiones**, solicitó la revocatoria de la decisión al estimar que, por la edad, el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal de traslado en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2020.

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 los recursos de 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 con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de septiembre de 1967 y realizó el cambio de régimen de prima media (ISS) al de ahorro individual a la AFP Porvenir S.A. el 15 de noviembre de 2000, efectiva a partir del 1º de enero de 2001. Posteriormente, se trasladó a Colfondos el 3 de marzo de 2003, efectiva a partir del 1º de mayo de 2003 y finalmente se cambió a Porvenir S.A. desde el 1º de enero de 2015, así se colige de formulario de afiliación, el historial de vinculaciones SIAFP y certificado expedido por Porvenir.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que a su lugar de trabajo Almacenes Vivero, llegó una promotora de la AFP Horizonte S.A., quien le manifestó que el ISS, al que se encontraba afiliada iba a desaparecer, por lo que en el fondo privado su dinero iba a estar asegurado y bien pensionada. Aseguró que el traslado entre fondos privados lo fue ignorancia y que el asesor de Colfondos le dijo que era mejor empresa que la Porvenir S.A, no fue coaccionada, nunca se le dio información a pesar de realizar varios traslados.

Conforme a las pruebas aportadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Porvenir 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.

Así mismo, en atención al 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 de pensiones a la que se encontraba afiliada iba a desaparecer y la AFP privada no perdería su ahorro, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la sola aceptación de 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 afiliada actualmente la demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, 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, sin que ello cause un enriquecimiento sin justa causa como lo afirmó la apoderada de Porvenir S.A. 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 Colfondos 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 adicionará la decisión analizada y se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la AFP Colfondos S.A.

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, adiciona y revoca parcialmente 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 Colfondos 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 al numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de mayo de 2022, el cual quedará así: **“PRIMERO:** *Declarar la ineficacia del traslado que Sandra Judith Herrera, 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 23 de mayo de 2022, en el sentido de condenar a AFP Colfondos 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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de mayo de 2022, para en su lugar, **DECLARAR** no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la AFP Colfondos S.A.

CUARTO: 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 Colfondos S.A.

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

SEXTO: 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 RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado


JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado