



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Ponente

TIPO DE PROCESO: ORD. LABORAL – APELACIÓN DE SENTENCIA
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2020-00185-01
DEMANDANTE: OLIMPO CESAR MONSALVO GASTELBONDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre 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 Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de enero 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 nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se le ordene a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones la totalidad de lo cotizado en su cuenta de ahorro individual, bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas. A Colpensiones a activar la afiliación. Así mismo, se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró haber cotizado a pensiones al Instituto de Seguro Social desde el año 1990 y en 1996, se trasladó traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir 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. Admitió la fecha de afiliación, los demás manifestó no constarles o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de afiliación al ISS, hoy Colpensiones, los demás indicó no constarles. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de enero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declárese la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, del señor Olimpo Cesar Monsalvo Gastelblondo, a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: En consecuencia, Porvenir SA deberá entregar a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiese, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses., que hubiere recibido del afiliado Olimpo Cesar Monsalvo Gastelblondo.

TERCERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A y Colpensiones.

CUARTO: Negar la petición subsidiaria de Colpensiones, por las razones expresadas.

QUINTO: Condene en costas a Porvenir, tásense por Secretaria. (...)”

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir S.A no probó haber brindado al demandante para el momento de la afiliación una información, clara, suficiente, oportuna y documentada para tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **Porvenir S.A**, imploró revocar la sentencia, dado que el traslado obedeció a una decisión libre e informada y careció de vicio en el consentimiento, lo que cual puede observarse con la firma del demandante en el formulario. Aunado a lo anterior, indicó que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento ni tampoco da lugar a la ineficacia.

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

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 el actor.

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 *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 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 historia laboral de Colpensiones y Porvenir S.A. que el promotor del juicio nació el 21 de marzo de 1965 y que realizó el cambio de régimen de prima media (ISS) al de régimen ahorro individual a la AFP Porvenir S.A. el 1º de marzo de 1996, así se colige del certificado expedido por dicho fondo adiado el 7 de febrero de 2021.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que Porvenir envió una muchacha, la cual le indicó que el ISS iba a desaparecer y quedar en la calle, no recibió extractos financieros, nunca ha solicitado proyección pensional a Colpensiones y Porvenir, dijo no conocer los requisitos de pensión en ninguno los dos regímenes pensionales.

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 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.

Es bueno poner de presente, que la orden dada de devolución del 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, devienen como una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL17595-2017, SL4989-2018, SL4360-2019 y SL5680-2021, de tal modo que se modificará la decisión en este aspecto.

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).

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. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 19 de enero de 2022, el cual quedará así: *“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”*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia analizada.

CUARTO: Condenar a AFP Porvenir S.A, a pagar las costas de esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV para cada una, las cuales se liquidarán concentradamente en el juzgado de origen. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

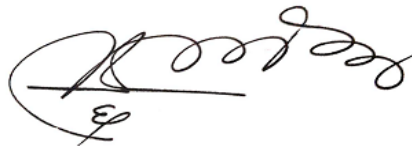
Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado