

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, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EVELIN MORALES GIL
Demandado: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A Y OTROS.
Radicación: 20001 31 05 003 2019 00002
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 que interpusieron las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Colfondos S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 26 de enero de 2023. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

la accionante a través de apoderado judicial 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. en donde se encuentra afiliada 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 13 de agosto de 1956 y se afilió en pensiones al Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde que inició su vida laboral en el año 1990. En 1995 se cambió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y luego a Porvenir S.A a partir del 19 de noviembre de 2001. 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 **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó que la demandante se trasladó del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslado que se hizo efectivo el 1º de abril de 1995 y luego se trasladó a la AFP Porvenir S.A. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

Por su parte, **Porvenir SA AFP**, también se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando que la actora se trasladó a ese fondo de pensiones desde la AFP Colfondos a partir del año 2021, negando las restantes. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *“prescripción”, “inexistencia de la obligación”, “falta de causa”, “validez del traslado de la demandante al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos”, “carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir s.a”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación,” “cobro de lo no debido”, “buena fe de la entidad demandada Porvenir s.a”, “mala fe de la demandante, pretendiendo obtener un provecho indebido y ausencia de prueba efectiva de daño”, “inexistencia del daño alegado” y “ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada”.*

Colpensiones se opuso a las suplicas. Refirió 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, compensación y buena fe.

Finalmente, la **Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP**, contestó la demanda aceptando uso hechos y manifestando no costarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la misma, proponiendo e su defensa las excepción es de mérito que denominó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de obligación*” y “*prescripción*”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 26 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que la señora EVELIN MORALES GIL, realizo del ISS a la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., posteriormente a COLFONDOS S.A. y luego a BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR SA, quien por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por COLPENSIONES, deberá devolver a éste 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.

SEGUNDO: Ordenar a COLFONDOS S.A., reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliada la actora a dicho fondo.

TERCERO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que una vez PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora EVELIN MORALES GIL, junto con 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.

CUARTO: Declárese no probadas las excepciones propuestas conforme a la parte motiva de la providencia.

QUINTO: Declárese probada la excepción planteada por la UGPP de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, por lo vertido en la parte motiva.

SEXTO: Condénese en costas procesales a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., las que se liquidarán conforme lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la providencia”.

Como sustento de su decisión, señaló que, a pesar de haber suscrito la 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 que 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, Colfondos 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 voluntaria, debido a que con la suscripción del formulario de inscripción la demandante manifestó su voluntad, la cual ratificó con el paso del tiempo. Además, que no se debió ordenar la devolución de rendimientos y cuotas de administración debido a que estos se generaron con ocasión a la buena gestión del fondo.

Colfondos SA, por su parte, expuso que debe ser absuelta del pago de las costas del proceso, debido a que ella no tenía la competencia administrativa para resolver el conflicto, por lo que no es dable condenarla a pagar las costas procesales cuando no fue ella quien originó el conflicto.

Por su parte, **Colpensiones** suplicó la revocatoria de la decisión al señalar que la afiliada no cumple con las exigencias legales para concederle

el traslado de régimen pensional, puesto que le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no era beneficiaria del régimen de transición.

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 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 con la cedula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 13 de agosto de 1956 y se cambió de régimen pensional de prima media al de ahorro individual el 1º de abril de 1995, a través de la AFP Colfondos, asimismo, en noviembre de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, la empresa donde trabajaba le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría por lo que la afilió al Fondo Privado y que el asesor de este no le explicó las ventajas y desventajas que le acarrearía el cambio de régimen pensional.

Conforme a las pruebas antes aportadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos 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 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, 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 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 cómo 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 el 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).

En lo que respecta al reproche hecho por la demandada Colfondos SA, frente a que debe ser absuelta al pago de las costas procesales, debe precisarse que las costas corresponden a todos los gastos procesales en que incurre una parte para obtener judicialmente la declaración de un derecho. Y, para la imposición de la condena en costas en un proceso el juez debe orientarse por el criterio objetivo contemplado en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa, el cual prescribe que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Esto quiere decir que las costas corren en todo caso a cargo de la parte vencida en el proceso, sin que para eso tenga relevancia alguna el criterio subjetivo, conforme al cual la condena dependería entonces de la malicia o temeridad con la que actúa la parte en el proceso. Eso fue lo que expuso, sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 30 de agosto de 1999, rad. 5151, reiterada entre otras en las sentencias SL14590-2017, y SL16150-2016”.

Es por lo tanto que dicha condena se impone sin observancia de la conducta asumida por las partes, puesto que de no ser así se estaría incursionando en un tema bien diferente al que nos ocupa en la presente oportunidad y que es el de regulación de perjuicios; estos que como su mismo nombre lo indica, hacen referencia al daño ocasionado por alguna de las partes, y que debe ser resarcido, según lo dispone el artículo 80 del Código de General del Proceso.

Eso significa que el juzgador al momento de entrar a resolver sobre la procedencia de la condena en costas solo debe comprobar cuál fue la parte vencida, y si esas costas se causaron, para de esa manera proceder a

condenarla en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

Solo en caso de prosperar parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o imponer condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Así entonces, es claro que la condena en costas como tal, y la inclusión de las agencias en derecho como uno de los gastos en que incurrió la parte vencedora, no dependen de la actitud asumida por ésta en el proceso, o de si existió buena fe o no en su actuar, o de si lo hizo de manera temeraria, sino que basta para imponérselas a la parte que resultó vencida, que estas aparezcan probadas en el expediente.

En el caso que nos ocupa está comprobado que la demandada, Colfondos SA, fue la parte vencida en el proceso, y que para reclamar sus derechos a la demandante tuvo que acudir a un profesional del derecho, y realizar otras actuaciones, lo que no cabe duda, demanda hacer unos gastos que bien pueden llegar a ser comprobados, luego eso hace que nada se oponga a la condena en costas, a cargo de Colfondos SA.

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

Al haberse resuelto desfavorablemente el recurso interpuesto por Porvenir S.A y Colfondos 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.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA PRIMERA 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 Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 26 de enero de 2023.

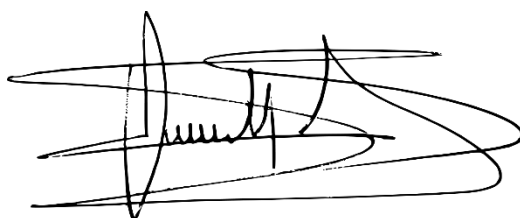
SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A y a Colfondos S.A, a pagar las costas de esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV para cada una, las cuales se liquidarán concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado