

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, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ MANUEL CÚRVELO RODRÍGUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
YCESANTÍAS PORVENIR S.A Y OTROS.
Radicación: 20001 31 05 001 2021 00252 01.
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, así como la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 20 de febrero de 2023. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El 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 Protección 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.

Solicitó igualmente que se condena a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a la que considera tiene derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de septiembre de 1964 y se afilió en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL- desde que inició su vida laboral en el 1º de agosto de 1995 y que luego en febrero de 1986 se Afilió al Instituto de Seguros Sociales.

Refirió que en 1994 se cambió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y luego el 24 de julio de 1998, retornó al Instituto de Seguros Sociales, para posteriormente en julio de 2003, trasladarse nuevamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA y luego dentro del mismo régimen a ING SA hoy Protección SA, en donde se encuentra afiliado desde abril de 2010.

Adujo que en los traslados de régimen no se acercó asesor alguno que le informara 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. Finalmente, que las demandadas negaron su solicitud de traslado.

Al contestar, la **AFP Protección S.A.**, aceptó que ING pensiones y cesantías fue absorbida por Protección S.A, aceptó el hecho de la afiliación del actor y se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que las afiliaciones realizadas se realizaron de manera libre y voluntaria bajo las normas legales vigentes al momento histórico en que ocurrió.

Para enervar las pretensiones en su contra, propuso las excepciones de *“prescripción”, “improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado”, “firmeza del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a las AFP privadas”, “inexistencia de la obligación y causa para pedir”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por*

falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “improcedencia de condena en costas”, “compensación” y “buena fe”.

Por su parte, **Porvenir SA AFP**, también se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando que el actor se trasladó a ese fondo de pensiones desde Colpensiones a partir del 1º de septiembre de 2003, negando las restantes. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Colfondos SA AFP, aceptó lo relacionado con el traslado del afiliado a ese fondo, manifestando no constarle los restantes hechos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “buena fe” y “no procedencia de condenas en costas”.

Finalmente, **Colpensiones** se opuso a las suplicas. Refirió no constarle los hechos de la demanda. Planteó las excepciones de “*imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia de la afiliación y retrotrae la adquisición del status pensional por tratarse de un hecho y situación jurídica consolidada*”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “cobro de lo no debido”, “prescripción” y “buena fe”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de 20 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: *Declárese la ineficacia de los traslados realizados en los años 1994 y 2003 por JOSE MANUEL CURVELO RODRIGUEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

SEGUNDO: *Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, que traslade al régimen*

de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos. También, deberá a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el demandante permaneció como su afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones deberá recibir esas sumas de dinero.

TERCERO: *CONDENAR a COLFONDOS S.A. y PROVENIR S.A. a que trasladen con destino a COLPENSIONES y a favor del demandante, las sumas de dinero que recibieron durante el tiempo en que este fue su afiliado, esto es, para la primera, desde septiembre de 1994 hasta mayo de 1998, y para la segunda desde julio de 2003 hasta abril de 2010, por concepto de comisiones, porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones está en la obligación de recibir esas sumas de dinero.*

CUARTO: *NEGAR las restantes pretensiones de la demanda*

QUINTO: *DECLARAR probada de oficio, la excepción denominada PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, con relación a la pretensión de pensión, conforme a las consideraciones expuestas.*

SEXTO: *Declárense no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

SEPTIMO: *Condenar en Costas a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Inclúyase por concepto de agencias en derechos la suma de 1.5 smlmv a cargo de cada una de ellas”.*

Como sustento de su decisión, señaló que, a pesar de haber suscrito el accionante voluntariamente el formulario de afiliación y traslado, las demandadas no probaron haber brindado en este momento una información, clara, suficiente, oportuna y documentada para tomar 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.

En cuanto a la solicitud pensional, negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al considerar que al haber nacido el afiliado el 16 de septiembre de 1964, a la fecha cuenta con 58 años de edad y la ley 797 de 2003, le exige una edad de 62 años.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la apoderada judicial de 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 voluntaria, debido a que con la suscripción del formulario de inscripción el demandante manifestó su voluntad. 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.

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, 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, el actor no era beneficiario 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 el promotor del juicio nació el 16 de septiembre de 1954 y se cambió de régimen pensional de prima media al de ahorro individual el **1º de septiembre de 1994**, a través de la AFP Colfondos; asimismo, el 1º de junio de 1998 regresó al Régimen de primera media administrado por el ISS, para posteriormente el **1º de septiembre de 2003**, trasladarse al RAIS, a través de la AFP Porvenir SA y finalmente el 31 de diciembre de 2012 se trasladó a la AFP Protección SA.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, a su lugar de trabajo nunca se acercó un asesor de los fondos de pensiones demandados, para asesorarlo sobre las ventajas y desventajas que le acarrearía el traslado de régimen.

Conforme a las pruebas antes aportadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A y Provenir SA, 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 demuestran 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 Protección S.A, 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, 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 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 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.

Al no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA AFP, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se condena a pagar las costas por esta instancia.

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 Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 20 de febrero de 2023.

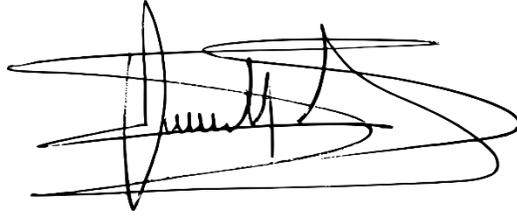
SEGUNDO: Condenar a la demandada Provenir SA AFP, a pagar las costas por esta instancia, fijese por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Liquidense concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and horizontal strokes, positioned above the name of the magistrate.

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a prominent vertical line on the left side and a horizontal line that curves upwards at the end, positioned above the name of the magistrate.

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado