

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 diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ ELENA LOZANO BEJARANO
Demandado: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A Y OTROS
Radicación: 20001 31 05 004 2023 00018 00.
Decisión: MODIFICA SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, así como la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 29 de agosto 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 nulidad (*ineficacia*) del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual en pensión administrado por AFP Protección S.A. En consecuencia, se le ordene a AFP Porvenir S.A en donde se encuentra afiliada actualmente a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual y cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación. A Colpensiones a aceptar y realizar los trámites tendientes al retorno al régimen de prima media y la convalidación de aportes trasladados, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de septiembre de 1967, de acuerdo a la historia laboral consolidada y el reporte de semanas cotizadas en pensión, ha estado vinculada a diferentes empresas, bajo contrato de trabajo a termino indefinido desde hace 26 años.

Indicó que tal como lo acredita la historia laboral expedida por Colpensiones, se vinculó en al ISS, hoy Colpensiones el 28 de junio de 1992 a la edad de 25 años

Manifestó que, durante el transcurso del año 1994, recibió en su puesto de trabajo constantes visitas por parte del personal de la AFP Protección SA, quienes la presionaron y mal informaron con el fin de obtener su afiliación al régimen privado de pensiones

Señaló que de forma arbitraria, engañosa y fraudulenta la AFP Protección trasladó y la afilió a su fondo de pensiones, donde ellos mismos diligenciaron el formulario y falsificaron su firma, manteniéndola afiliada desde el 2 de mayo de 1994 hasta el 31 de mayo de 2012

Adujo que actualmente se encuentra afiliada en AFP Porvenir S.A, y que esta administradora de pensión no le informó 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 manifestó que mediante derecho de petición presentados el 28 de mayo de 2017 y 11 de febrero de 2022, solicitó a protección S.A, Porvenir S.A y Colpensiones, la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida a el RAIS, además del traslado a Colpensiones de todas las cotizaciones y rendimientos de las cuentas de ahorro individual de protección y porvenir como afiliada.

Al contestar, **Porvenir SA AFP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aceptó lo referido a la fecha de nacimiento de

la accionante, así como también la afiliación con AFP Porvenir S.A, negó unos hechos y manifestó no constarle otros, señaló que *“no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional”*.

Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso como excepciones de fondo la *“Prescripción”*, *“prescripción de la acción de nulidad”*, *“cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación”*, *“buena fe”*.

Por su parte, **Protección S.A**, también se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó lo relacionado con el nacimiento de la accionante, así como también lo referente a la afiliación a la AFP Porvenir S.A, negó unos hechos y manifestó no constarle otros.

Propuso como excepción de fondo *“Prescripción”*, *“Improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado”*, *“firmeza del consentimiento del traslado de RPMPD y la Afiliación al RAIS”*, *“Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o eficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. Art. 20 y ley 108 100 de 1993”*, *“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. Artículo 20 de la ley 100 de 1993. Mod. Ley 979/2003”*, *“ausencia absoluta de responsabilidad”*, *“inexistencia de la obligación y causa para pedir”*, *“improcedencia de condena en costas”*, *“buena fe”* y *“no nomida o genérica”*.

Finalmente, **Colpensiones** se opuso a las suplicas de la demanda. Refirió no constarle los hechos de la demanda a excepción de lo relacionado con el nacimiento e historia laboral de la demandante. Planteó las excepciones de *“inexistencia de las obligaciones reclamadas”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“cobro de lo no debido”*, *“prescripción extintiva de la acción”*, *“buena fe”* e *“innominada o genérica”*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia del 29 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional, que la demandante LUZ ELENA LOZANO BEJARANO, realizó el 2 de mayo de 1994, del antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante señora LUZ ELENA LOZANO BEJARANO, más 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, del tiempo en que estuvo afiliado la demandante en dicho fondo administrador de pensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, que reactive la afiliación de la demandante LUZ ELENA LOZANO BEJARANO, como si no se hubiese trasladado de régimen y reciba por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y todo lo que se ha ordenado que debe ser trasladado por esta, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, que reciba por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliado la demandante al régimen administrado por dicho fondo.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones perentorias que fueron opuestas por COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A, en contra de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: *CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y para tales efectos se señala como agencias en derecho en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente, los cuales deberá pagar cada una de ellas, es decir, se condena en costas en dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cada una deberá pagar un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la demandante.*

SEPTIMO: *En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser COLPENSIONES una de las condenadas y tratarse de una entidad pública, se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Familia-Laboral”*

Como sustento de su decisión, señaló que es deber de las administradoras de fondos pensionales suministrar la información completa y comprensible, de conformidad con lo mencionado resaltó que la carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de pensión, Protección S.A y Colpensiones, por ser a quienes se les atribuye el incumplimiento de la proporción de información completa y veraz, previó al traslado, lo cual no lograron demostrar a través de los distintos medios probatorios, por lo que determinó declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes los apoderados de las demandadas **Porvenir S.A.** y **Colpensiones** interpusieron recurso de apelación, con el cual la primera de las demandadas imploró modificar el punto *cuarto* de la sentencia, concerniente al gasto de administración, en razón a que dichos gastos tienen una destinación específica, el cual ya se consumió durante el tiempo que la accionante mantuvo su vinculación en el RAIS, de tal suerte que estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigidas, para la generación de dichos rendimientos previstos en los fines del RAIS, razón por la cual no se encuentran en poder de porvenir, finalmente agregó que conforme a dicha sentencia se encontrarían frente a un enriquecimiento sin causa, en razón a que se estarían inaplicando, las normas legales que regulan las restituciones.

Por su parte, el apoderado de **Colpensiones** imploró la revocatoria las condenas impuestas a su representada, estimó que de acuerdo a lo establecido en la ley 1748/2014 y el decreto 2071/2015, los usuarios tienen derecho a una doble asesoría como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, con el fin de brindarle el conocimiento de las características, condiciones y efecto jurídicos, con base en lo anterior señaló que en relación con la carga de la prueba hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar el conocimiento y consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y el año 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible tomado al anterior dentro de los fallos que tienen que ver con el traslado del régimen.

Por último, fue claro en indicar que, la declaración injustificada del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones de que trata el artículo 48 de la Constitución Política y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados al subsistema 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 accionante

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 de la demandante, prevé en el numeral 1° 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 4° 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.

1. Caso Concreto

Se encuentra demostrado con la cedula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 10 de septiembre de 1967, con las documentales allegadas queda evidenciado el cambió de régimen pensional de prima media al de ahorro individual el **2 de mayo de 1994**, a través de la **AFP Protección S.A** (Pag.26 Demanda Ordinaria); asimismo, el 1° de junio de 2012 se aprobó el traslado solicitado por **AFP Porvenir**, donde actualmente se encuentra vinculada la accionante.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, no sabe como se dio el traslado, fue enfática en manifestar que no le explicaron los beneficios o ventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional, precisó que la firma que aparece en el documento visible en la pág. 25 de la demanda ordinaria, no es la de ella, por último puntualizó que no le dieron la información para efectuar el traslado.

Conforme a las pruebas antes aportadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumplió 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 demostró 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 accionante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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 el *a quo*.

No obstante a lo anterior en virtud del grado jurisdiccional de consulta se **modificará la sentencia de primer grado**, en el entendido de ordenar a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, lo correspondiente a 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, durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa AFP.

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 rendimientos 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).

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 la decisión analizada en los términos antes descritos.

De conformidad con el Art 365 del CGP numeral 1°, se condenará en costas a AFP Porvenir por resultar desfavorable el recurso de alzada interpuesto, no así frente a Colpensiones por surtirse respecto de ella el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°1 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 Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 29 de agosto del 2023, en el entendido de condenar a **Protección S.A** a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, lo correspondiente a 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, durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa AFP.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en los restantes numerales.

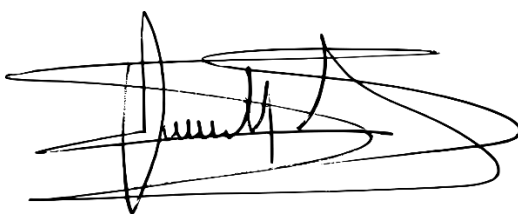
TERCERO: Condenar a Porvenir SA AFP, a pagar las costas por esta instancia, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado