



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 200013105 **003 2020 00145 01**
DEMANDANTE: LUIS ANTONIO DÍAZ BLANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; PROTECCIÓN S.A, COLFFONDOS
S.A. Y PORVENIR S.A.

Valledupar, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

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 Porvenir S.A., así como la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 3 de mayo de 2023. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses. Asimismo, condenar a Colpensiones que proceda a aceptar el traslado.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al ISS hoy Colpensiones en el año 1985, en 1994 se trasladó a Protección S.A., en el año 2000 a Colfondos S.A., y 2011 a Porvenir S.A. Cambio que se efectuó sin que mediara asesoría, información o explicación alguna acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas de ese cambio de régimen.

Al contestar, **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 4 y 5 relativos al traslado a esa AFP y a Porvenir S.A. y manifestó no constarle los demás. Sostuvo que una vez el actor manifestó el deseo de cambiarse de fondo, la entidad le explicó sobre las diferentes modalidades pensionales existentes en el RAIS y le informó ampliamente las implicaciones de la afiliación. Que la permanencia del demandante en el RAIS desde 1994, y su migración de fondo dentro del mismo régimen demuestra la aceptación a las condiciones pensionales que ofrece el mismo. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y causa para pedir y falta de legitimación en la causa por pasiva (*Doc: 17 CONTESTACION COLFONDOS SA.pdf*).

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el 5 referente al traslado, pero manifestó no constarle los demás. Sostuvo, que el traslado a esa AFP fue horizontal, lo que dejaba ver que ya el actor conocía las ventajas y desventajas de permanecer en el RAIS. Además, afirma que siempre garantizó el derecho de retracto. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (*doc: 19 Contestación Porvenir*).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico. Aceptó el hecho 3 relativo a la efectividad del traslado de régimen, pero manifestó no constarle los demás hechos. Señala que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS 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.

Planteó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas; prescripción; cobro de lo no debido; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; compensación e innominada. (*doc: 04 Contestacion Colpensiones*)

Por auto del 15 de julio de 2022, previo a solicitud elevada por la parte demandante, el juzgado ordenó vincular al proceso como litisconsorte necesario a Protección S.A. (doc: 25 AutoAdmiteIntervencion.pdf).

Al contestar, la AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el 3 y 6, relativos al traslado de régimen con ese fondo, y manifestó que el demandante presentó afiliación con esa AFP desde el 06 de Julio de 1994 hasta el 15 de junio de 1999, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Sostuvo que al momento de la afiliación del demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., le brindó toda la información y asesoría necesaria, teniendo en cuenta los aspectos positivos y negativos del traslado de AFP, para que en ese momento tomara una decisión voluntaria y libre, tal y como lo hizo.

Presentó las excepciones de prescripción, improcedencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación, , improcedencia de condena en costas, inexistencia de la obligación, inexistencia de causa para pedir, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y genérica (doc: 18 Constestacion Proteccion, 26NuevaContestación De PROTECCIÓN).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 3 de mayo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del acto de traslado que el señor LUIS ANTONIO DIAZ BLANCO, hizo del ISS a los fondos de pensiones y cesantías PROTECCION SA, COLFONDOS SA Y posteriormente y último PORVENIR SA, este último quien por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, deberá devolver a este 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.

SEGUNDO: Ordenar a PROTECCION SA y COLFONDOS SA, 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 a dichos fondos.

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 del señor LUIS ANTONIO DIAZ BLANCO, junto con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y bono pensional 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.

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

QUINTO: Condenar en costas y agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., las que se liquidarán conforme lo regulan los artículos 365 y 366 del CGP, una vez quede ejecutoriada la providencia.

Como sustento de su decisión, adujo la no existencia de prueba que acreditara que Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S:A., como administradoras del RAIS, brindaron la información suficiente al actor sobre las consecuencias del cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Porvenir S.A., alegó que la afiliación no adolece de ningún vicio y de haber existido se encuentran totalmente saneados con el paso del tiempo, ante la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante. Se determina con el interrogatorio de parte del demandante, que, bajo los parámetros de su capacidad legal, de forma libre e informada realizó el traslado al RAIS y los posteriores traslados horizontales dentro del mismo.

Frente a orden de devolución de los rendimientos y cuotas de administración, indicó que las AFP son entidades autorizadas para administrar los ahorros de los trabajadores y gestionar el pago de prestaciones, por tanto, si el actor estuviera en el RPM, los rendimientos no se hubiesen generado.

Adujo que la Superfinanciera de Colombia indicó que, en caso de proceder una nulidad o ineficacia de traslado, los únicos valores a retornar serán los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la cuota de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora mantiene la cobertura durante el tiempo de afiliación. Al no corresponder los gastos de administración a los afiliados, sobre ellos, no puede predicarse su imprescriptibilidad, por tanto, es tan sujetos a ese fenómeno jurídico. Respecto la condena en costas, solicitó no se condenara ante la imposibilidad administrativa del fondo en acceder al traslado.

Por su parte, **Colpensiones** apeló la decisión con base en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003 y las diversas sentencias proferidas en el tema en las que se sentaron unos requisitos y precedentes para el traslado de régimen. Alude, que la parte demandante no acredita los requisitos en las normas y la jurisprudencia para el reintegro al RPM, por tanto, debe absolverse a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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

Examinado el expediente, se observa de las pruebas documentales aportadas, que el demandante tuvo una afiliación inicial en el RPMPD y se trasladó al RAIS, así:

ACTUACIÓN	ENTIDAD O AFP	NOVEDAD	FECHA INICIO DE EFECTIVIDAD	FECHA FINAL DE EFECTIVIDAD
Afiliación inicial al RPM	ISS		25/11/1985	
Traslado Régimen a	ING - Protección S.A.	06/07/1994	01/08/1994	31/07/1997
Traslado de AFP a	Horizonte	01/08/1997		
Traslado de AFP a	Colfondos	01/05/2000		
Traslado de AFP a	Horizonte	23/03/2001	19/04/2001	
Traslado de AFP a	Porvenir S.A.	07/12/2001	04/01/2002	
Traslado de AFP a	Horizonte	12/09/2006		
Traslado de AFP a	Porvenir S.A.	31/05/2007		Actualidad

Lo anterior, se constata con el reporte de Asofondos, los formatos de vinculación o traslado que fueron aportadas con las contestaciones de la demanda.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte al demandante señaló que, en el lugar donde él y sus compañeros de trabajo tomaban sus alimentos, llegaron varios asesores, le dijeron que el ISS iba a ser liquidado, que los aportes se iban a perder, por eso se cambió de régimen. En cuanto al traslado a Colfondos S.A. manifiesta que no recuerda en que momento se dio, pues nunca tuvo comunicación con nadie de esa AFP y tampoco lo solicitó. Insiste en que no recibió asesoría para los traslados, que no sabía que podía realizar el cambio hasta cierto tiempo, tampoco recibió extractos de la cuenta.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que Protección 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.

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.

Aquí conviene anotar, que la ineficacia de traslado se cimienta en la falta de información en el acto del traslado o cambio de régimen pensional, por consiguiente, la circunstancia de si el afiliado es o no beneficiaria del régimen de transición resulta irrelevante a efectos de la carga probatoria que recae sobre la AFP. (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021 y la SL5686-2021).

De suerte que, PORVENIR S.A., fondo actual, deberá 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.

Por consiguiente, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se **modificará** el punto **segundo**, para adicionarlo en cuanto a que Protección S.A. y Colfondos S.A. deben devolver a Colpensiones además de los gastos de administración y 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

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, mientras estuvo afiliado a dicho fondo, dado que la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolverlos 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 las costas impuestas y reprochadas por Porvenir S.A., debe precisarse que las mismas corresponden a todos los gastos procesales en que incurre una parte para obtener judicialmente la declaración de un derecho y están orientadas por el criterio objetivo contemplado en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia, tiene decantado 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 30 de agosto de 1999, rad. 5151, reiterada en la SL16150-2016 y SL14590-2017). Bajo ese panorama, no resulta avante ese punto de apelación.

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 la forma anunciada.

Al haberse resuelto desfavorablemente el recurso interpuesto por Porvenir S.A., se les 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 N° 4 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 Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 3 de mayo de 2023, el cual quedará así:

SEGUNDO: Ordenar a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración, comisiones, las 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, durante el tiempo en que estuvo vinculado el actor a efe fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás el fallo proferido

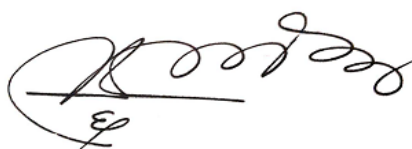
SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a pagar las costas de esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'E. J. C. A.', written in a cursive style.

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado