



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 **004 2019 00254 01**
DEMANDANTE: LEIDY CAMARGO DE LA HOZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Valledupar, quince (15) de junio 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 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 Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 3 de noviembre de 2020. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se le ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses. 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 las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió en pensiones al Instituto De Seguros Sociales desde que inició su vida laboral en el año de

1990. En el año de 1995 se cambió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A y adujo que el asesor del fondo no le informó sobre de las características de cada uno de los regímenes sus ventajas, desventajas, lo que le ha causado un detrimento a su derecho pensional.

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de ser el traslado de régimen producto de una decisión libre y voluntaria de la demandante. Respecto de los hechos, señaló que el traslado se dio con la AFP Colpatria, luego por cesión a Horizonte y seguido a Porvenir S.A. Señaló que la demandante siempre recibió una información clara, precisa y verás sin ningún tipo de vicio en el consentimiento. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación. (*doc: 20001-1-05-004-2019-00254-00 LEIDY CAMARGO VS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES fol. 101 a 114*).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas. Refirió no constarle los hechos de la demanda a excepción el relacionado a que desde 1990 la demandante cotizaba a la entidad. Planteó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas; prescripción extintiva de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe. (*doc: 20001-1-05-004-2019-00254-00 LEIDY CAMARGO VS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES fol. 65 a 78*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 3 de noviembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado que la demandante LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, realizó el 1º de marzo del 1995, del antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a realizar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado por la demandante LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas por dicha demandada, desde el 1 de marzo del 1995, las cuales deben ser debidamente indexadas, a la fecha cuando se

realice el traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, que active o realice la afiliación de la demandante LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, a esa administradora de pensiones y reciba por parte de PORVERNIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, debidamente indexados.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las restantes pretensiones de la demanda que en su contra fueron formuladas por LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Condenar en costas a la demandada, Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. Para tales efectos se señala como agencias en derecho en la suma de \$ 1.475.434.”.

Como sustento de su decisión, señaló que, la carga de la prueba en el presente asunto se encontraba en cabeza de la AFP demandada PORVENIR S.A., a quien se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar la información veraz y suficiente previo al traslado y consecuente afiliación de la demandante, por tanto, al no acreditarse que se proporcionó la información de las consecuencias del cambio de régimen, ni las condiciones en que sería reconocido su derecho pensional, así como una proyección de la misma en cada régimen, lo cual deriva en la nulidad del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Porvenir S.A., imploró revocar la sentencia, al considerar que en el plenario se demostraba que la demandante solicitó el traslado de régimen pensional en 1995 de manera libre y voluntaria que careció de todo vicio del consentimiento, pues dicho acto estuvo precedido del cumplimiento de los preceptos legales de la época, no existía la obligación para las AFP de tener constancias escritas ni proyecciones pensionales de las asesorías que

brindaban a los potenciales afiliados, las cuales surgieron a partir del año 2015. Le refutó que la actora luego de 23 años pretenda un traslado que crece de fundamentos fácticos y jurídicos.

En cuanto a la devolución de rendimientos, sostuvo que son producto de la gestión administrativa de la AFP a lo largo de la afiliación de la actora, por tanto, si el traslado no se hubiese efectuado este rubro no existiera. Reprochó la condena por gastos de administración por cuanto no forman parte integral de la pensión de vejez, por tanto, están sujetos a la prescripción, además, mediante el concepto 19152216903000 de 2020 de la Superfinanciera en el cual se indica que en los eventos del traslado las únicas sumas a trasladar son los aportes por concepto de pensión pertenecientes en la cuenta de ahorro individual.

Por su parte, **Colpensiones** suplicó la revocatoria de la decisión. Alegó, que la información que pudo haber sido suministrada a la afiliada por parte de Porvenir S.A. y el alcance de la asesoría que se le debió brindar al momento de la afiliación no pudieron ser valorados con normas que sobrevengan después a ese acto sino, bajo las normas vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado, lo contrario, desvirtúa el principio de confianza legítima, pues ello implica para la entidad, que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación pensional.

Discutió que el Decreto 2241 de 2010 estableció los deberes mínimos en cabeza de los afiliados, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Además, la declaración de ineficacia afectó la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y puso en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, por lo que debió tenerse en cuenta la sentencia SU 130 del 30 de marzo de 2013.

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 actora.

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 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 la afiliada 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 la demandante tuvo una afiliación inicial en el RPMPD y se trasladó al RAIS, así:

ACTUACIÓN	ENTIDAD O AFP	FECHA INICIO DE EFECTIVIDAD	FECHA FINAL DE EFECTIVIDAD
Afiliación inicial al RPM	(Caja de previsión ¹ con el aportante Hospital San Andrés ESE)	24/10/1990	14/12/1991
	ISS hoy COLPENSIONES	28/07/1992	
Traslado Régimen a	COLPATRIA	1/03/1995	28/09/2000
a AFP	HORIZONTE	29/09/2000	31/12/2013
a AFP	PORVENIR S.A.	1/01/2014	Actualidad

Lo anterior, se constata con el formato de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones de Asofondos.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, los asesores del fondo de pensión Horizonte le manifestaron que el ISS iba a desaparecer y que iba sin ningún tipo de protección en cuanto a su pensión, razón por la cual se cambió de régimen pensional. También, tendría ventajas con el cambio, relativo a que cualquier persona de su familia podía ser beneficiaria en caso que se muriera y que podría retirar su dinero cuando así lo estimara. Menciona que quiso ejercer su derecho al retracto cuando se enteró de las desventajas de los fondos privados, pero ya no le era posible.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que COLPATRIA S.A. fondo involucrado en el cambio de régimen pensional y quien se fusionó por absorción con HORIZONTE y éste a su vez con

¹ Doc: 20001-31-05-004-2019—00254-00 LEIDY CAMARGO VS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, (Historia válida para bono) fol. 118

PORVENIR S.A., conforme la Resolución SFC No. 2134 del 22 de noviembre de 2013 y la escritura pública No. 2250 del 26 de diciembre de 2013²; 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. Tampoco por el “*silencio*” de la afiliada durante su permanencia en dicho régimen, en razón a que, la ineficacia del traslado tiene su causa en la falta información del fondo de pensiones al posible afiliado, no siendo dable trasladar al asegurado la responsabilidad en la omisión de las administradoras de pensiones que recae única y exclusivamente sobre ellas.

² Información contenida en el Certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (Doc: 20001-31-05-004-2019—00254-00 LEIDY CAMARGO VS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES), fol. 98

Conforme lo anterior, resulta necesario **modificar** el numeral **primero** de la sentencia recurrida, en el entendido que lo que procede, es declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

De tal suerte que PORVENIR S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, indistintamente del concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia al que alude la AFP accionada, 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 **modificarán** los puntos **segundo y tercero**, para adicionarlos y ordenar el traslado de todos los conceptos relacionados que no fueron objeto de pronunciamiento, y que, por ley, en virtud de la ineficacia del traslado, deben ser remitidos a COLPENSIONES.

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).

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura **modificará** 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 los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 3 de noviembre de 2020, los cuales quedarán así:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que la demandante LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, realizó el 1° de marzo del 1995, del antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a realizar el traslado a COLPENSIONES de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer*

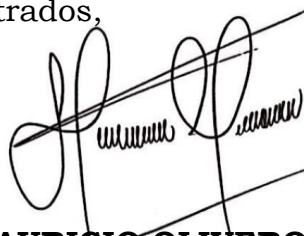
discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, que active o realice la afiliación de la demandante LEIDY CAMARGO DE LA HOZ, a esa administradora de pensiones y reciba por parte de PORVERNIR S.A., la totalidad de los conceptos relacionados en el numeral segundo, debidamente indexados.

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

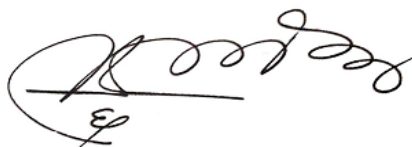
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado