



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 2022 00185 01**
DEMANDANTE: CLARA ROSA ROMERO ECHEVERRIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; COLFODOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Valledupar, veinticinco (25) de mayo 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 6 de febrero de 2023. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante 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 ordene a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones recibidos, así como la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que, hubieren permanecido dichos aportes en el Régimen de Prima Media. Asimismo, se condene a las demandadas a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de febrero de 1962 y su afiliación inicial al sistema de seguridad social en pensiones fue en abril de 1993. También que ha cotizado más de 814 semanas y los asesores de Colfondos S.A. en julio del año 2000, no le suministraron información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz al momento de la afiliación y cambio de régimen, ya que solo le habían manifestado que su mesada sería superior en el RAIS, que el ISS se iba a acabar, lo que motivó su traslado de régimen, engaño que señala, fue sucesivo en los siguientes traslados horizontales, pues no le informaron que tenía derecho al retracto.

Al contestar, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria a esa AFP, sin inducirla en errores, incluso, la promotora realizó un traslado horizontal en lugar de retractarse y regresar el RPMD, posibilidad que le había sido informada por la AFP. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y causa para pedir; falta de legitimación en la causa por pasiva; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; 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; improcedencia de condena en costas; compensación y la buena fe. (*Carpeta: 16ContestanDda20220085 04102022 Doc: CONTESTACION CLARA ROSA ROMERO ECHEVERRIA*).

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Consideró que el traslado horizontal realizado dentro del RAIS da a entender que la demandante ya conocía las ventajas y desventajas de permanecer afiliado a dicho régimen, lo que denota su vocación de pensionarse en el mismo. Refirió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición o restricción contenida e el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y la compensación. (*doc: 10ContestanDdaPorvenir202200185 21092022.pdf*).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas por carecer de fundamentación fáctica y jurídica. Refirió que el traslado de régimen de la actora ocurrió gracias a la manifestación libre de la voluntad, exenta de vicios del consentimiento, así mismo, indicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la demandante está dentro de la prohibición legal, pues actualmente tiene 60 años de edad. Planteó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; inexistencia del derecho reclamado y la obligación; cobro de lo no debido; prescripción y la compensación. (doc: Contes_1.pdf.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 6 de febrero de 2023, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante CLARA ROSA ROMERO ECHEVERRIA, realizó el día 1 de julio del año 2000, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida del extinto Instituto de Seguros Sociales - ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, continúa afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD 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 CLARA ROSA ROMERO ECHEVERRIA, 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 afiliada la demandante en dicho fondo administrador de pensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que reactive la afiliación de la demandante CLARA ROSA ROMERO ECHEVERRIA, y reciba por parte de la SOCIEDAD 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 se debe trasladar de aquella a esta, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que reciba por parte de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliada la demandante en dicho fondo privado administrador de pensiones.*

QUINTO: *Declarar NO probadas las excepciones perentorias de mérito o de fondo opuestas por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., igualmente la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*

SEXTO: *CONDENAR en Costas al Fondo de PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (sic) y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Para tales efectos se señala como agencias en derecho en la suma equivalente a un (1) SMLMV, el cual deberá ser cancelado por las demandadas, en partes iguales.*

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

Como sustento de su decisión, señaló que, la actora se trasladó al RAIS con Colfondos S.A., la cual no acreditó haberle suministrado información suficiente, clara completa y comprensible sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Porvenir S.A., refutó que, si bien es cierto, se tuvo en cuenta las reglas de las restituciones mutuas, solo se autorizó a un solo extremo, sin permitirle descontar los valores correspondientes a los gastos de administración durante el periodo en que la demandante estuvo vinculada y tampoco se le ordenó pagar el costo de tener a una persona afiliada y generar los rendimientos obtenidos. Considera que el fallo desconoce las expensas en las que incurrió en procura de incrementar el capital de la cuenta.

Así mismo, sostiene que al ordenar la devolución de los rendimientos configura un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, quien recibe unos valores incrementados en un porcentaje de rentabilidad que no le hubiese ofrecido a la afiliada si ésta siempre si hubiese encontrado en el RPM. Además, reprochó la condena en costas al no haber sido el primer fondo que recibió a la demandante desde el RPM, agregó, que tampoco esta facultado para ordenar el traslado por encontrarse inmersa la actora en la prohibición que trata la Ley 797 de 2003.

Por su parte, **Colpensiones** alegó que la demandante de manera libre y voluntaria, sin ningún vicio del consentimiento evidente conforme los medios de prueba, decidió trasladarse al RAIS, acto que tuvo que estar precedido de la asesoría sobre las condiciones de ese régimen. También manifestó que para la época del traslado no existía ninguna norma que obligase a que se efectuara algún tipo de registro más allá del formulario en el que se plasma la manifestación expresa de los ciudadanos de pertenecer o permanecer a un determinado régimen. Además, que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados, con lo que destacó que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Agregó que, acceder a la ineficacia pretendida vulnera el debido proceso de la entidad, quien, sin haber participado en el traslado efectuado por la actora, ahora sería avocada a asumir una carga prestacional.

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 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 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	FECHA FINAL DE
-----------	---------------	-----------------	----------------

		EFFECTIVIDAD	EFFECTIVIDAD
Afiliación inicial al RPM	ISS	05/04/1993	30/06/2000
Traslado de Régimen a	COLFONDOS S.A.	01/07/2000	31/12/2005
Traslado de AFP	HORIZONTE	01/01/2006	31/12/2013
Fusión	PORVENIR S.A.	01/01/2014	Actualidad

Lo anterior, conforme se constata con la historia laboral de Colpensiones actualizada al 18 de julio de 2022, reporte de SIAFP¹ - historial vinculaciones, el formato de vinculación o traslado No. 05-129231 y 7409306, certificado de afiliación y saldo del 16 de septiembre de 2022 de Porvenir S.A. (*Carpeta: Demanda - doc: Demanda Poder Pruebas y Anexos, 10.ContestanDDaPorvenir*).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante adujo que, una asesora fue donde ella laboraba y le dijo que si continuaba en el ISS estaría en riesgo porque dicha entidad podría acabarse, razón por la que se trasladó. Que al afiliarse a Porvenir SA tampoco le brindaron información, no le explicaron que la pensión dependía de los ahorros que tuviera, o que sus aportes le generarían una rentabilidad, y menos que tenía derecho a retractarse del cambio de régimen. Manifestó que no averiguó los pormenores de la afiliación al RAIS porque confió en la buena fe de la asesora.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que Colfondos S.A. incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado 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.

¹ Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión

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. Ni 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.

De tal 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 de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. 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 como lo dispuso el *a quo*.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, mientras estuvo afiliada 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).

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 a 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 las apelaciones, esta Colegiatura **confirma** la decisión analizada.

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

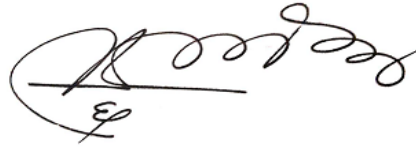
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 6 de febrero de 2023.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jesús Zamora', with a horizontal line underneath and a small flourish below it.

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo José Cabello', with a horizontal line underneath.

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado