



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 **002 2020 00249 01**
DEMANDANTE: LUIS CARLOS MARENGO PARODY
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; COLFFONDOS S.A. Y PORVENIR
S.A.

Valledupar., primero (1º) 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 el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de febrero de 2022. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al ISS hoy Colpensiones en el año 1992, en 1997 se trasladó a Porvenir S.A., y en el año 2002 a Colfondos 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 la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos 2, 3 y 4 relativos a la afiliación al RPM y al traslado de régimen y de AFP. Manifestó no constarle los demás. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de buena fe y no procedencia de condenas en costas (*Doc: 06 CONTESTACIÓN LUIS CARLOS MARENGO PARODI*).

En audiencia del 23 de febrero de 2022, en la etapa de conciliación, la AFP se allanó a las pretensiones de la demanda, en el entendido de trasladar los ahorros y rendimientos que existen en la cuenta de ahorro individual del demandante al fondo de pensiones Colpensiones.

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el 3 y 4 referente al traslado de régimen y de AFP. Adujo no ser cierto o no constarle los demás. Sostuvo, que el traslado de régimen fue producto de una decisión libre e informada del actor, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de reiterarle sus condiciones pensionales. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (*doc: 04. CONT DEMANDA DE LUIS CARLO MARENGO PARODI VS PORVENIR S.A. Y OTROS*).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico. Manifestó no constarle ningún hecho de la demanda. Refirió que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo las normas vigentes para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

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. (*Carpeta: 15ContestaciónColpensiones doc: contestación LUIS MARENCO*)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 23 de febrero de 2022, resolvió:

PRIMERO: *Declarar la ineficacia del traslado que hiciera Luis Carlos Marengo Parodi, identificada con c.c. 5.164.364. hizo del instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones, al RAIS, conforme a la parte motiva. En consecuencia, Colfondos S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones, devolverá a esta entidad todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, o cualquier otro, especificando a que semanas corresponde los valores girados.*

SEGUNDO: *Las excepciones quedan resueltas conforme la parte motiva.*

TERCERO: *Sin costas en esta instancia por no haberse causado.*

CUARTO: *De no ser apelada consúltese ante la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, la presente sentencia por imponerse a Colpensiones la obligación de recibo de lo recaudado por Colfondos S.A. y el regreso de su afiliado Luis Carlos Marengo Parodi.*

Como sustento de su decisión, adujo al no demostrarse la correcta y transparente asesoría por parte del fondo sobre las ventajas y desventajas de es afiliación al RAIS, era claro que el afiliado desconocía la incidencia que dicho traslado podía tener en sus derechos prestacionales a futuro.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, insistió en que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo las normas vigentes para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, pues no era razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico, toda vez que ello desvirtúa el principio de confianza legítima, lo cual viola el debido proceso de la entidad, por cuanto, sin haber participado en el traslado es quien deba soportar la carga de la prestación.

Las leyes expedidas hasta el año 2016 no exigían nada distinto al formulario de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS. Señaló que el Decreto 2241 de 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero, determinó las obligaciones en cabeza de los afiliados, consagrando unos deberes mínimos, en cuanto a que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión de permanecer en dicho régimen.

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 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 el 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	ISS	01/04/1994	31/12/1997
Traslado Régimen a	Porvenir S.A.	01/01/1998	31/07/2002
Traslado de AFP a	Colfondos S.A.	01/08/2002	Actualidad

Lo anterior, se constata con el reporte de Asofondos, el certificado de vigencias y valores trasladados expedidos por Porvenir S.A., relación de aportes en Porvenir S.A., los formatos de afiliación o vinculación.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte al demandante señaló que, un asesor de Porvenir S.A. y le insistió que se cambiara de régimen, que el ISS se iba a acabar, que iba a perder la plata. Que no presentó inconformidad frente a lo que le manifestaba el asesor porque le pareció que era como un salvamento que se pasara para el fondo privado.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que Porvenir 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, Colfondos 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 **primero**, para adicionarlo en cuanto a que Colfondos S.A. debe devolver a Colpensiones, además, lo correspondiente a los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Así mismo, se **adicionará la sentencia**, en el entendido de ordenar a Porvenir 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 el demandante estuvo afiliado a esa AFP.

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura **modifica** y **adiciona** la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de febrero de 2022, el cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que hiciera Luis Carlos Marengo Parodi, identificado con c.c. 5.164.364. hizo del instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones, al RAIS, conforme a la parte motiva. En consecuencia, Colfondos S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones, devolverá a esta entidad todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, y el porcentaje destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de febrero de 2022, así:

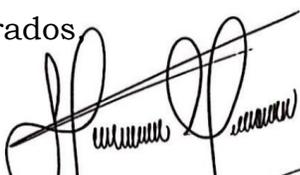
QUINTO: Ordenar a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que estuvo vinculado el actor a ese fondo.

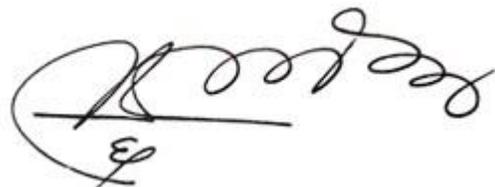
TERCERO: CONFIRMAR en los demás el fallo proferido

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado

Con impedimento

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado