



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 2019 00238 01**
DEMANDANTE: NICOLÁS EVARISTO CALDERÓN RIVADENEIRA
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 Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 4 de noviembre 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 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. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotización, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros. Asimismo, se condene a las demandadas a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1960 y su afiliación inicial al sistema de seguridad social en pensiones fue el 29 de noviembre de 1983. También que ha cotizado más de 962

semanas y los asesores de Porvenir S.A. no le informaron sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, como tampoco le realizaron una proyección pensional, al mismo tiempo le manifestaron que podía pensionarse antes de tiempo, sin ponerle de presente la pérdida del régimen de transición. El 2 de agosto de 2018 y 10 de junio de 2019, solicitó a Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, el traslado de régimen, peticiones que fueron negadas por las demandadas.

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones, al señalar que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre, sin presiones o engaños, previo el suministro de información íntegra, veraz y oportuna, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Respecto de los hechos, señaló que para la data en la que suscribió el formulario de traslado, 31/03/2005, no era beneficiario del régimen de transición. Que después de 15 años es que el actor alega vicios del consentimiento, pese a contar con amplios periodos de tiempo para solicitar la ampliación de la información. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación. (*doc: 14ContestacionDemanda.pdf*).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las suplicas por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico. Refirió en cuanto a los hechos, que la afiliación del actor al RPMD es del 10/08/1988, frente a los demás manifestó no constarle. Planteó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe. (*doc: 08ContestacionDemanda.pdf*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 4 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que el señor NICOLAS EVARISTO CALDERON RIVADENEIRA, realizó del ISS a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., quien por

virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por COLPENSIONES, deberá devolver a éste 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 COLPENSIONES, que una vez PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor NICOLAS EVARISTO CALDERON RIVADENEIRA, junto con el capital acumulado en su 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.*

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

CUARTO: *Condenar en costas a PORVENIR S.A, las que se liquidarán conforme al artículo 365 del CGP, una vez ejecutoriada la providencia.”*

Como sustento de su decisión, señaló que, PORVENIR SA incumplió con la obligación de brindar al actor toda la información suficiente y consecuencias, de manera previa al traslado, por lo que resultaba declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Porvenir S.A, reprocha la condena por gastos de administración y para ello alega, que las AFP son entidades autorizadas para realizar la función de administrar los ahorros para pensión de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece, por tanto, la rentabilidad general en la cuenta de ahorros se debe a la buena ejecución de la AFP, rendimientos que no se hubiesen generado en el RPMD. Que, si se ordena la devolución de los gastos de administración, debe ordenarse al actor la restitución de los frutos financieros que le fueron consignados.

También ataca la condena en costas y sostiene que jamás incumplió su deber de información, actuó siempre de buena fe, por lo que no debe imponerse condenas en ese sentido.

Por su parte, **Colpensiones** suplica se revoque la totalidad de la sentencia, al referir la existencia de unos requisitos para aquellas personas que se trasladaron al RAIS y pretenden su regreso al RPMD, los cuales no acreditan por el actor.

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	10/08/1988	30/04/2005
Traslado de Régimen a	PORVENIR S.A.	01/05/2005	Actualidad

Lo anterior, conforme se constata con la historia laboral de Colpensiones actualizada al 23 de noviembre de 2017, formato de la OBP y el formato de vinculación o traslado No. 11092168. (*doc: 02Anexos, 14ContestacionDemanda.pdf*)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que, un asesor de Porvenir S.A. le manifestó que el ISS iba a desaparecer, que no lo presionaron, pero fue como una “seducción” porque nunca recibió una ilustración como afiliado de las características de los dos regímenes pensionales, faltó información sobre el riesgo y consecuencias en el traslado del régimen. Nunca le hablaron sobre el derecho al retracto, ni

sobre los aportes voluntarios. Así como que la asesoría fue corta, se centraron en hablar mal del ISS.

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.

De tal suerte, que PORVENIR S.A., 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.

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).

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 **confirma** la decisión analizada.

Al haberse resuelto desfavorablemente el recurso interpuesto por Porvenir S.A., se 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

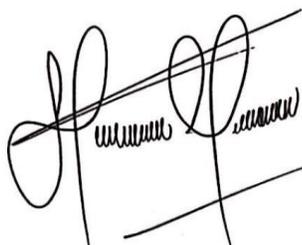
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 4 de noviembre de 2022.

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.

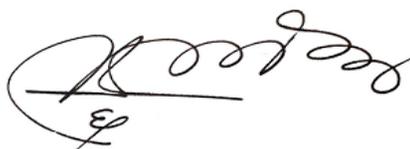
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a horizontal line across the middle.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' and a horizontal line.

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'E' and a horizontal line.

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado