



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 2022 00079 01**
DEMANDANTE: EUCLIDES ANGULO PALACIO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; PROTECCIÓN S.A

Valledupar., dos (2º) 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 Protección S.A, así como la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 21 de marzo 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 Davivir hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordene a “Porvenir S.A.” trasladar a Colpensiones los aportes o ahorros de la cuenta individual, bono pensional, cuota de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, seguros, rendimientos. Asimismo, condenar a Colpensiones que proceda a activar la afiliación del actor.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al ISS hoy Colpensiones en el año 1984; que en el año 1996 se trasladó a “Davivir hoy Protección S.A. a Colpatria” y en el año 1997 a Porvenir S.A., traslado que se efectuó sin que mediara información sobre las consecuencias,

ventajas o desventajas de ese cambio de régimen, lo que le ha causado un detrimento a su derecho pensional.

Al contestar, la AFP **Protección S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el 3 y manifestó no constarles los demás. Contó que, el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho a la libre elección, en estricto cumplimiento a lo consagrado en la Ley 100 de 1993. Presentó las excepciones de prescripción, improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, firmeza del consentimiento del traslado del RPM al RAIS, ausencia absoluta de responsabilidad, inexistencia de la obligación y causa para pedir, improcedencia de condena en costas, compensación, buena fe y genérica (doc: 04 ConstestacionProteccionEuclidesAnguloPalacio).

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos no aceptó ninguno. Sostuvo, que el traslado horizontal a esa AFP en el año 2012 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su afiliación, de reiterarle el funcionamiento del RAIS, pues el traslado se efectuó desde la AFP ING, hoy PROTECCION y de sus condiciones pensionales individuales. Consideró que luego de 27 años, era indefectible la vocación del actor de permanecer en el RAIS. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (doc: 06 ContestaciónPorvenir).

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. Señaló que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones prevista en el artículo 48 de la Constitución Nacional 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: 09 ContestacionDeColpensiones)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 21 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que el señor EUCLIDES FERNANDO ANGULO PALACIO, hizo del ISS a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN SA y posteriormente a PORVENIR S.A., este último PORVENIR S.A., en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por COLPENSIONES, deberá devolver a ésta, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y 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 indexado.

SEGUNDO: Ordenar a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargos a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliado el demandante en dicho fondo.

TERCERO: Ordenar a COLPENSIONES que una vez PORVENIR S.A. Y protección de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor EUCLIDES FERNANDO ANGULO PALACIO, junto con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, con 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 procesales a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., las que se liquidarán una vez ejecutoriada la providencia conforme lo que regula el artículo 365 y 366 del C.G.P.

Como sustento de su decisión, señaló que, lo que se echa de menos es la falta del deber de información veraz y suficiente, si esa decisión de traslado se adopta sin el pleno conocimiento de sus consecuencias. Que Davivir hoy Protección SA y Porvenir SA no prueban haber suministrado al

demandante información suficiente 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 realizada en el año 1996 no adolece de ningún vicio y de haber existido se encuentran totalmente saneados con el paso del tiempo y la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante. Estimó que la mera aseveración del actor sobre la falta de información no es conducente para probar los hechos. 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.

Señaló que la Superfinanciera de Colombia en concepto 2019-1522169-003 del 17 de enero de 2020 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 cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Así mismo, refutó que, con la orden de devolución de los gastos de administración, se constituiría un enriquecimiento ilícito.

Respecto la condena en costas, dijo que cumplió con el deber a su cargo por disposición normativa y jurisprudencial, sin que existiera una omisión de la información ni una indebida asesoría, además, que la declaración de ineficacia solo puede ser determinada por un juez de la república.

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. Aludió que la parte demandante no acreditó los requisitos en las normas y la jurisprudencia para el reintegro al RPM, por tanto, debe absolverse a la entidad de todas 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 **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	NOVEDAD	FECHA INICIO DE EFECTIVIDAD	FECHA FINAL DE EFECTIVIDAD
Afiliación inicial al RPM	ISS		01/11/1984	
Traslado Régimen a	Davivir - ING	23/10/1995	01/11/1995	31/01/1997
Traslado de AFP	Colpatria	30/12/1996	01/02/1997	28/09/20222
Traslado a AFP por fusión a	Horizonte	29/09/2000	29/09/2000	31/01/2013
Traslado de AFP a	Porvenir S.A.	04/12/2012	01/02/2013	Actualidad

Lo anterior, se constata con el reporte de Asofondos, los formatos de vinculación o traslado; el formato de la OBP; la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., la Relación histórica de movimientos Horizonte y de Porvenir S.A., relación de aportes y la certificación de afiliación expedida por Porvenir S.A. (doc: 06 ContestaciónPorvenirEUCLIDESFERNANDOANGULOPALACIO VS PORVENIR).

Ahora, al absolver interrogatorio de parte al demandante señaló que, en el cambio de régimen los asesores le dijeron que el ISS lo más probable era que desapareciera, por tanto, iban a quedar sus ahorros en entredicho, por lo que era mejor cambiarse a un fondo privado. Frente al traslado de AFP, manifestó que pensó que al pasarse a un fondo supuestamente más consolidado iba a ser mejor, afirma no haber recibido por parte de Porvenir oficios en los que supuestamente le informaban el rango de prohibición para el traslado de régimen.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que Davivir hoy 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), razón suficiente también para

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. debe 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 **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 el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 21 de marzo de 2023, el cual quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN 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

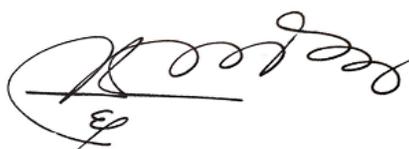
TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A. a pagar las costas de esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán concentradamente en el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado

Apoderados: PAUL DAZA GARCÍA, LEONARDO LUIS CUELLO CALDERON, CARLOS VALEGA PUELLO, GLORIA FLOREZ FLOREZ, JORGE LUIS FONTALVO CORREA, ORLANDO ANDRES BILBAO FLOREZ