

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA LABORAL**

SALA CUARTA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARLITH DEL CARMEN HERRERA TERÁN

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A

RADICACION: 13001-31-05-002-2021-00107-01

ASUNTO: Recurso de apelación partes demandadas y consulta

TEMA: Ineficacia de traslado de regimen pensional

Cartagena De Indias D.T. y C, treinta (30) de junio del año dos mil veintidós (2022)

CUESTIÓN PREVIA

Para cerrar la instancia, conforme el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena conformada por los magistrados FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, como ponente, JONHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS y MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, se integraron a fin de debatir y proferir la siguiente **SENTENCIA** de manera escrita:

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

MARLITH DEL CARMEN HERRERA TERÁN presentó demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES, con la finalidad de que se declare la ineficiencia y anulación en su afiliación a PROTECCIÓN S.A por falta en el deber de información; en ese sentido, deprecó que se ordene al fondo de pensiones PORVENIR S.A donde se encuentra actualmente afiliado, el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes, más los rendimientos. Así mismo, solicitó la condena en costas procesales.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Como soporte de sus pretensiones, la demandante dijo en síntesis que, nació el veintinueve (29) de noviembre de 1963, realizó sus primeras cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde agosto 1991; posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad PORVENIR S.A en marzo de 1998. Expresó que, no hubo consentimiento informado frente a los riesgos del traslado a RAIS, sin que se hiciera la correspondiente proyección de su mesada en el nuevo régimen.

1.3. CONTESTACIONES

COLPENSIONES: Con relación a los hechos, esta demandada manifestó no constarle o no ser ciertos. Así mismo, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, al considerar que, el demandante realizó un traslado de régimen de manera consentida y voluntaria, dejando fenecer la oportunidad de retornar al régimen de prima media. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la causa petendi, falta de derecho para pedir, buena fe, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP e innominada o genérica.

PORVENIR S.A.: Ésta demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, en vista que el demandante suscribió la solicitud de afiliación en la que destacó que su traslado estaba precedido de su libre derecho y espontaneidad, que aunada a su permanencia en el RAIS por más de 22 años reafirman su voluntad. Indicó que en todo caso no procede la condena de devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de 2021, por medio de la cual, accedió a las pretensiones de la demanda. Declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora a PORVENIR S.A, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A, a remitir todos los aportes al igual que los bonos pensionales, rendimiento financiero y devolución de gastos de administración. Condenó en costa a la demandada PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMMLV.

Fundó su decisión en que, no se acreditó por parte de la demandada que a la actora se le hubiere dado la suficiente información, de manera clara, sencilla sobre las bondades de trasladarse de régimen, tesis que ha sido clara por parte de la CSJ

SL. En ese sentido, consideró el A-quo que, el traslado del régimen efectuado era ineficaz.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación, al considerar que el traslado se dio con la debida información y con consentimiento de la actora libre de vicio, recordando que la demandante permaneció por más de 20 años al RAIS y que para la época del traslado a las aseguradoras no se les obligaba a tener constancia escrita de la información brindada a los afiliados de manera verbal. Indicó que conforme a la normativa los gastos de administración no forman parte de la pensión de vejez y está sujeto a prescripción, y solo es posible trasladar aportes pensionales junto con sus frutos e intereses, sin descontar gastos de administración y póliza de seguros provisionales conforme el concepto de la superintendencia. Sobre las costas dijo que la condena también debía erigirse a Colpensiones.

COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación, al considerar que, se desconoce las sentencias de la corte constitucional en materia de traslado, pues el caso de la demandante se adecua en las excepciones del literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tampoco reúnen los requisitos legales para retronar al régimen de prima media. Sobre la devolución de los aportes pidió la devolución de fondo de garantía de pensión mínima y reaseguro de pensión de invalidez y sobrevivencia.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como entidad descentralizada en la que la Nación es garante, procede el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 el CPTSS en lo no apelado.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Los alegatos remitidos por parte de la Secretaría de esta Sala fueron leídos y tomados en cuenta para tomar la presente decisión.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda fue presentada en forma legal, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal para resolver el asunto objeto central del presente litigio.

7. PROBLEMAS JURIDICOS

Los problemas jurídicos a resolver giran en torno a determinar: si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al RAIS. De igual forma, se analizará si PROTECCION S.A debe devolver los aportes pensionales, los rendimientos, gastos de administración, fondo de garantía de

pensión mínima y reaseguro de pensión de invalidez y sobrevivencia a COLPENSIONES. Por último, se establecerá si hay lugar a condenar en costas a las demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.

8. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA

- Ley 100 de 1993.
- Artículo 53 CN
- Sentencias CSJ SL1061-2021, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL938-2021, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 666/2022.

9. CONSIDERACIONES

9.1. De la ineficacia del traslado de régimen

El juez declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, por considerar que PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de información, decisión cuestionada por esta demandada y COLPENSIONES, al estimar que, la demandante se afilió y permaneció en dicho régimen de manera voluntaria, sin coacción, ni vicio del consentimiento, luego entonces, insiste en que la misma fue válida.

Pues bien, debe decirse que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se introdujo la posibilidad de que coexistieran instituciones públicas y privadas para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Existiendo entonces dos regímenes, el de prima media con prestación definida administrado por la demandada COLPENSIONES y el régimen de ahorro individual con solidaridad gestionado por los fondos privados, encargados del reconocimiento y pago de prestaciones por las contingencias referenciadas líneas atrás.

En el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, dispuso la obligatoriedad que, al momento de escogerse el régimen pensional, tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador». De ahí la importancia de la asesoría al momento de la escogencia del régimen, pues compromete *“la escogencia libre y consiente de los afiliados”*, tal como señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia CSJ SL1061-2021.

Así las cosas, las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de brindar información a las personas, a fin que estas puedan conocer con exactitud las características, ventajas y desventajas, de los regímenes existentes, además de las consecuencias del traslado. Al respecto, en sentencia CSJ SL 17595-2017 destacó como deberes y obligaciones de los fondos, los siguientes:

“(i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconveniente, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado a tomar una opción que claramente el perjudica”

Resaltada la importancia del deber de información, en materia de carga probatoria la jurisprudencia nos enseña que *“es obligación de las administradoras demostrar que no hubo asimetría de la información”* por ende debe acercar los medios de convicción suficientes a fin de demostrar que al momento del traslado el demandante contaba con elementos de juicio para escoger libre y voluntariamente, en tanto, al afirmarse por el demandante que no recibió la información debida tal supuesto negativo no puede probarse por quien lo invoca. (Sentencia CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1688-2019)

Revisadas las pruebas del proceso, se revela que el fondo privado convocado a juicio no cumplió con la obligación de ilustrar suficientemente a la demandante sobre las ventajas y desventajas del traslado, no siendo de recibo el argumento del apelante en cuanto a que por permanecer 20 años en el régimen de ahorro individual conocía sobre las características del mismo, pues lo que se verifica en esta oportunidad, es si el deber de información se cumplió antes de la afiliación, cuya omisión no se subsana por la permanencia en uno u otro régimen. Así las cosas, se revela que PORVENIR S.A no cumplió con la obligación de ilustrar suficientemente a la demandante sobre las ventajas y desventajas del traslado, carga exclusiva de ésta.

Es cierto que en el expediente reposa formulario de PORVENIR S.A en donde se deja constancia que la demandante hizo la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad en forma libre y espontánea, y que recibió asesoría amplia y suficiente; no obstante, ello no implica que el afiliado recibió la información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen, así como tampoco es garantía que la información se haya brindado, tal como señaló la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4360-2019 y en sentencia CSJ SL938-2021 agregó que *“A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”*

Lo anterior, logra mayor contundencia con la prueba de interrogatorio de parte realizada a la demandante, donde afirmó enfáticamente que, la asesora diligenció el formulario y que ella solo firmó, pero no le indicaron nada acerca de las implicaciones que tenía dicho traslado, de acuerdo al régimen en el que ésta se encontraba afiliada, que era COLPENSIONES.

Debe explicarse que, se ha determinado por la jurisprudencia que, a merced de los artículos 271, 272 de la Ley 100 de 1993, 13 del CST y 53 de la constitución política, la sanción que impone el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto, esto es, el acto del traslado existe y es válido, pero no produce sus efectos finales, lo cual solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. (Sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019)

Para esta Colegiatura, a modo de colofón, erra la entidad encartada al considerar que la ineficacia en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual por omisión al deber de información o insuficiencia, depende de las condiciones particulares del afiliado que involucren expectativas pensionales, derechos ya consolidados o algún otro beneficio, como que sea beneficiario del régimen de transición, desconociendo que tal sanción deviene por la omisión de un deber legal de información claro, suficiente y oportuno consagrado a cargo de las administradoras de pensiones, así la persona no sea beneficiaria del régimen de transición, tal como lo ha expuesto igualmente el Alto Tribunal en la sentencia SL666 de 2022.

Con arreglo a lo expuesto, al no acreditarse el cumplimiento del deber de información por parte de la demandada PORVENIR S.A resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, tal como lo hizo la juez de primera instancia y habrá de confirmarse la decisión en este sentido.

9.2. De la devolución de la totalidad de los aportes y gastos de administración, con ocasión de la ineficacia del traslado por parte de los fondos de ahorro individual

En el grado de consulta y para dar respuesta a los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, debe señalarse que, jurisprudencialmente en los casos de ineficacia, dos son las consecuencias que se derivan de ella. La primera la reactivación por parte de COLPENSIONES de la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida; y la segunda la devolución de todos los dineros recibidos por aportes del demandante y sus empleadores a cargo de la o las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS.

Se explica en varias sentencias que esa devolución de aportes incluye, tanto los abonados en la cuenta pensional junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, como los que destinaron para gastos de administración y comisiones, los que enviaron al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, y el

bono pensional, con efectos retroactivos, a fin de que sean utilizados por COLPENSIONES para la financiación de la pensión de vejez al demandante que eventualmente reconocerá la citada entidad administradora, conforme a los parámetros plasmados en las sentencias CSJ SL2877-2020 y CSJ SL938-2021.

Igualmente, en sentencia CSJ SL2095-2021, la Corte explicó la viabilidad de la indexación de las sumas a devolver por el fondo del régimen de ahorro individual, con el fin de no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida. Explicó en sentencias CSJ SL782-2021, CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 que esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado, en tanto, la administradora debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Bajo esa égida, la decisión de ineficacia de traslado no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues todos los dineros que debe devolver el fondo privado como antes se explicó, son utilizados por COLPENSIONES para la financiación de la pensión de vejez al demandante que debe reconocer la citada entidad administradora, conforme a los parámetros plasmados en las sentencias anteriormente referenciadas y ello, precisamente es lo que otorga la estabilidad financiera del sistema.

Igualmente, en sentencia CSJ SL2095-2021, la Corte explicó la viabilidad de la indexación de las sumas a devolver por el fondo del régimen de ahorro individual, con el fin de no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida. Explicó en sentencias CSJ SL782-2021, CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 que esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado, en tanto, la administradora debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Por consiguiente, como lo ordenado por el sentenciador de primera instancia fue la devolución de los aportes depositados en cuenta individual, rendimientos financieros y gastos de administración que hubieren deducido de los aportes de la demandante, sin hacer mención a que esta consecuencia jurídica cobija la devolución de la fracción de aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, así como tampoco hizo alusión a la indexación de las sumas a devolver y la devolución de los frutos e intereses causados producto del ahorro individual de la afiliada, conforme al criterio jurisprudencial explicado en precedencia, resulta viable en el grado jurisdiccional de consulta modificar el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

9.3. De las costas de primera instancia

La demandada PORVENIR S.A disiente de la condena en costas impuesta, la cual fue tasada en 3 SMMLV, porque debían ser asumidas también por la demandada COLPENSIONES.

Pues bien, en primer lugar, al analizarse la contestación de la demanda de la demandada, y en ella, se observa que, efectivamente hubo oposición a las pretensiones incoadas, incluso se propusieron excepciones de fondo por parte de la demandada COLPENSIONES.

En segundo lugar, se recuerda que, conforme el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, la condena en costas es procedente frente a la parte vencida en el proceso. Igualmente se tiene que, la que Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló que el reconocimiento de las costas no se supedita a una actuación subjetiva, sino exclusivamente a las resultas del proceso, en otras palabras, se trata de un imperativo legal o causa objetiva, conforme lo considerado en sentencia CSJ SL2095-2021.

Por lo anterior al ser vencida en juicio la demandada COLPENSIONES, conforme a las normas y jurisprudencia en cita, debe asumir junto con PORVENIR S.A el valor de las costas, en la fijación dada en primera instancia.

10. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las costas en segunda instancia estarán a cargo de las demandadas se tasan en la suma de 2 SMLMV al no prosperar los recursos de apelación, y en favor de la demandante.

11. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de 2021, emanada por el Juzgado Segundo Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **MARLITH DEL CARMEN HERRERA TERÁN** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, en el sentido de:

- **ORDENAR a PORVENIR S.A** remitir a COLPENSIONES la devolución de los aportes depositados en cuenta individual, rendimientos financieros, gastos de administración que hubieren deducido de los aportes de la demandante y aquellas sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, los frutos e intereses causados producto del ahorro individual de la afiliada sumas que

deberán ser indexadas de conformidad con las razones antes esbozadas, por el tiempo o periodo en que la actora estuvo afiliada a la respectiva AFP.

- **CONDENAR** en costas de primera instancia también a COLPENSIONES, entidad que deberá asumir junto con PORVENIR S.A, las agencias en derecho tasadas por A quo.

SEGUNDO: Las Costas en segunda instancia estarán a cargo de las demandadas se tasan en la suma de 2 SMLMV al no prosperar los recursos de apelación, en razón de 1smlmv para cada una de ellas y en favor de la demandante.

TERCERO: Devolver en su oportunidad el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado Ponente

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada

MARGARITA ISABEL MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada

Firmado Por:

Francisco Alberto Gonzalez Medina
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Margarita Isabel Marquez De Vivero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Johnnessy Del Carmen Lara Manjarres
Magistrado
Sala 001 Laboral

Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1724b09a099e43363d5a9402e49089d1fb84ee5b4433fbbdbc366b53d1b8c88b**

Documento generado en 30/06/2022 04:45:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>