

**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:** AMIRA JOSEFA CUESTA OROZCO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, COLFONDOS, PORVENIR S.A

**RADICACION:** 13001310500520210001601

**ASUNTO:** Recurso de apelación partes demandadas y consulta

**TEMA: Ineficacia de traslado de regimen pensional**

Cartagena De Indias D.T. y C, dos (2) de agosto 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, JONHNNESY 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**

AMIRA JOSEFA CUESTA OROZCO 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 PORVENIR 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 afiliada, 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 doce (12) de enero de 1962, realizó sus primeras cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. 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, pues de manera engañosa, que en el régimen de ahorro individual con solidaridad obtendría la pensión a la edad que ella quisiera y en mayor valor a la que podría obtener en el seguro social hoy COLPENSIONES. Por último, afirmó haber presentado derecho petición al fondo privado sobre la evidencia del cumplimiento del deber de información y a COLPENSIONES a efectos de agotar la reclamación administrativa.

### 1.3. CONTESTACIONES

**COLPENSIONES:** Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, debido a que el traslado de la parte demandante efectuare del Régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida –R.P.M.D.-al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -R.A.I.S.-se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables al caso en concreto. Propuso las excepciones de fondo de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, prescripción e innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.:** Ésta demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, en vista que la parte demandante realizó su traslado de régimen pensional con la AFP COLFONDOS desde el año 1995 y no con Porvenir S.A. con quien realizó un traslado entre administradoras del mismo régimen en el año 2002. Explicó que la decisión tomada por la actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido.

**COLFONDOS S.A:** Se tuvo por no contestada la demanda, por extemporánea.

## 2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, al que le correspondió su conocimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha veintitrés (23) de noviembre de 2021, por medio de la cual, accedió a las pretensiones de la demanda. Declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora a COLFONDOS S.A, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A, la devolución a COLPENSIONES de todos los aportes que la demandante haya tenido en el Régimen de Ahorro Individual inicialmente en AFP COLFONDOS a partir de 1995

y posteriormente en el año 2002 en PORVENIR S.A, con todos sus rendimientos financieros, gastos de administración, sin descuento alguno y ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes en la forma ya dicha. Condenó en costa a la demandada PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho una suma equivalente a 4 SMMMLV.

Fundó su decisión en que, no se acreditó por parte de la demandada COLFONDOS 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 de la demandante lo hizo COLFONDOS entidad que debía brindar la información y no estaba obligada a cumplir los supuestos (información, simulación pensional) de una sentencia de la Corte proferida 15 años después del traslado inicial. En el interrogatorio de parte la demandante confesó que se trasladó libre y voluntariamente. Colfondos debía ser condenada en costas. Con relación a los gastos de administración dijo que no había lugar a devolver pues tenían una destinación específica que ya se encuentra agotada.

### **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 PORVENIR S.A debe devolver los aportes los

gastos de administración a COLPENSIONES. Por último, se establecerá si hay lugar a condenar en costas a la demandada COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A, no cumplió con el deber de información, decisión cuestionada por la demandada PORVENIR S.A ultimo fondo al cual se encontraba afiliada la demandante, 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 vigente, 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 las administradoras de los fondos privados accionadas, no cumplieron con la obligación de ilustrar suficientemente a la demandante sobre las ventajas y desventajas del traslado, pues en interrogatorio de parte fue enfática, al sostener que nunca le brindaron información, y si bien se anuncia que diligenció el formulario con COLFONDOS S.A. en donde se deja constancia que el demandante hizo la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad en forma libre y espontánea, y que recibió asesoría amplia y suficiente; lo cierto es, que ello no implica que el afiliado recibió la información oportuna y necesaria 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 declaración de parte de la demandante, donde afirmó enfáticamente que, no le explicaron bien las implicaciones de su traslado, el valor de su mesada en este nuevo régimen y pese a que tuvo múltiples cambios de aseguradora dentro del régimen de ahorro individual. Cuando se dio el traslado inicial le dijeron que el seguro social se iba a acabar y bajo ese temor decidió trasladarse.

Ahora bien, tampoco se cumple con el deber de suministrar la información suficiente y oportuna, por el hecho de haberse ocasionado traslado entre administradora del régimen de ahora individual, esto es, de COLFONDOS S.A. a PORVENIR S.A., pues tal situación no convalida, ni ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, pues así lo expresó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL1307 de 2022 y el SL2877 de 2020.

No es cierto que el deber de información era exclusivo de COLFONDOS S.A., por ser la aseguradora encargada del traslado de la demandante, como pretende hacer ver la entidad recurrente, pues en la vida laboral normal de una persona es viable hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la administradora del fondo de pensiones pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores, tal como señaló en sentencias CSJ1458-2022 y SL1624-2022.

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, la ineficacia en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual por omisión al deber de información o insuficiencia, no 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, pues 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 las demandadas COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, a COLFONDOS S.A 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 al recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A, 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.

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, el bono pensional, 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 tercero 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 4 SMMLV, porque debían ser asumidas también por la demandada COLFONDOS.

La juez para exculpar a COLFONDOS S.A consideró que como se tuvo por no contestada su demanda no había lugar a condenar en costas.

Pues bien, 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 COLFONDOS S.A, por declararse la ineficacia del traslado de régimen, conforme a las normas y jurisprudencia en cita, se estima que debe asumir junto con PORVENIR S.A el valor de las costas, en la fijación dada en primera instancia al no haber sido objetada el monto de las agencias en derecho.

## **10. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso de apelación de PORVENIR S.A., de conformidad con el artículo 365 del CGP aplicable a la justicia laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS.

## **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 el ordinal** tercero de la sentencia de fecha veintitrés (23) de noviembre de 2021, emanada por el Juzgado Quinto Laboral de del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral de **AMIRA JOSEFA CUESTA OROZCO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A 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, bono pensional, 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 COLFONDOS S.A, entidad que deberá asumir junto con PORVENIR S.A, las agencias en derecho tasadas por A quo.

**SEGUNDO:** sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

### **NOTÍQUESE Y CÚMPLASE**

**FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA**  
**Magistrado Ponente**

**JOHNNESSY 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: **f232d5023a404dea24bc7e84b327d55ec12e9d95550c0381e8f65b2f5fa30d41**

Documento generado en 02/08/2022 02:52:40 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**