



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

SENTENCIA ESCRITURAL AUTORIZADA POR EL DECRETO 806 DEL 2020 Y LEY 2213 DE JUNIO DE 2022 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURA ROSA GUZMAN FONTALVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, RADICADO: 08-001-31-05-003- 2020-00099-01

Acta No. 81

A los quince (15) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala integrada por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ, EDGAR ENRIQUE BENAVIDES GETIAL y CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS quien le preside como ponente, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a emitir sentencia escrita con la finalidad de resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada AFP PORVENIR SA, COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2023, dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla así como el grado jurisdiccional de consulta por resultar adversa a una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S.

Seguidamente se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La señora AURA ROSA GUZMAN FONTALVO, promovió por conducto de apoderado judicial, demanda ordinaria laboral contra de FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene el regreso del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES por falta del deber de información de dicha AFP, al momento de su vinculación. Que se condene a PORVENIR S.A a devolver a la Administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del actor, lo que comprende todos los valores que hubiere recibido con motivo de su



afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así como también, los rendimientos que hubieren causados durante su administración y que se condene en costas.

ANTECEDENTES

En resumen, narra la parte histórica del libelo demandatorio que, la señora AURA ROSA GUZMAN FONTALVO, nació el 06 de octubre de 1964, que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con la edad de 58 años; que se vinculó al sistema general de pensiones, administrado por el Instituto de Seguros Sociales en fecha 12 de septiembre de 1986, cotizando un total de 368 semanas en el régimen de prima media.

Afirma que, en octubre de 1999 fue trasladada a Colfondos S.A., sin recibir ningún tipo de asesoría, y que dicho traslado fue promovido por su empleador en aquella fecha a través de una reunión grupal realizada en las instalaciones del empleador, añadió que en Colfondos S.A, cotizó desde octubre de 1999 hasta febrero de 2000 cotizando un total de 20 semanas.

Dice que, en el mes de enero de 2000, se traslado a Porvenir S.A., sin recibir ningún tipo de asesoría referente a las implicaciones que la permanencia en este régimen le representarían en su futura mesada pensional, simplemente se trató de una campaña comercial acordada con la oficina de recursos humanos entre la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y BBVA horizonte Pensiones y Cesantías.

Señala que, desde octubre de 1999, fecha en la que fue trasladada del RPM al RAIS, a través de AFP Colfondos S.A., se materializó una violación directa de la Ley, en la cual también incurrió igualmente la AFP Porvenir, al momento de no cumplir con el deber de información que tienen las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual y lo indicado lo indicado en los artículos 13 literal b y 271 de la ley 100/1993, ocultando información cierta y objetiva del monto del capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder adquirir el derecho a una pensión y la proyección de la mesada pensional una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas, violando de esa forma el deber de información.

La Actuación Procesal: la demanda fue admitida mediante auto de fecha 21 de abril de 2023 (*Doc. Primera Instancia_C01Principal_Auto Admite Demanda.pdf*), el cual dispuso la notificación a las entidades demandadas.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Con respecto a los hechos expresó que es cierto el 1 y 2; y, que no le consta del 3 al 17. Así mismo, propuso excepciones de mérito de Inexistencia de la Obligación Demandada y Falta de Derecho para Pedir, Buena Fe,



Inoponibilidad por ser Tercero de Buena Fe, Prescripción, Presunción de Legalidad de los Actos Jurídicos, Inobservancia del Principio de Constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; Inaplicabilidad de Normas del Régimen de Ahorro Individual, Enriquecimiento sin justa causa, Imposibilidad de Indemnización por Costas Judiciales, e Innominada o Genérica.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Frente a los hechos, manifestó que no era cierto el 4, 12 y 13; y que no le constaban el 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24. Propuso las excepciones de mérito de Prescripción de la Acción para Solicitar la Nulidad del Traslado, Compensación y Pago, Inexistencia de la Obligación, Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, Buena Fe, Innominada o Genérica, Ausencia de Vicios del Consentimiento, Validez de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad y Ratificación de la Afiliación del Actor al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado Por Colfondos S.A.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Frente a los hechos, manifestó que es cierto el 1, 2, 8 y 20; que no era cierto el 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 23; y que no le constaban el 3, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 21 y 22. Frente al hecho 24, manifestó que lo establecido en este, no comporta un hecho. Propuso las excepciones de mérito de Buena Fe, Ausencia de Requisitos Legales para que se Declare la Nulidad o Ineficacia del Traslado, Aceptación Tácita de las Condiciones del RAIS, Enriquecimiento sin Causa derivado de la Omisión de la Figura de Restituciones Mutuas y Prescripción.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Frente a los hechos, manifestó que no le constaba ninguno de los hechos. Propuso las excepciones de las Excepciones Formuladas por la Entidad que Efectuó el Llamamiento en Garantía a mi Procurada, Afiliación Libre y Espontánea de la señora Aura Rosa Guzmán Fontalvo Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Error de Derecho no Vicia el Consentimiento, Prohibición del Traslado del Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; El Traslado entre Administradoras del Rais Denota la Voluntad del Afiliado de Permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Consigo, se Configura un Acto de Relacionamiento que Presupone el Conocimiento del Funcionamiento de Dicho Régimen; Inexistencia de la Obligación de Devolver el Seguro Previsional Cuando se Declara la Nulidad y/o Ineficacia de la Afiliación por Falta de Causa y porque Afecta Derechos de Terceros De Buena Fe; Prescripción; Buena Fe; Genérica o Innominada.



Sentencia de Primera Instancia: el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, que conoció del presente proceso en primera instancia, mediante proveído de fecha 19 de septiembre de 2023, resolvió el fondo del asunto, por medio del cual:

PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS LAS EXEPCIONES DE FONDO PRESENTADAS POR LAS DEMANDADAS ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen que efectuó la demandante señora AURA ROSA GUZMAN FONTALVO del RPM administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., conforme las razones expuestas. Como consecuencia se dispone el regreso automático de la demandante al RPM administrado hoy por COLPENSIONES. Por ello es del caso DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

TERCERO. ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y 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. Al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo anterior se concede el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., igualmente deberá devolver a Colpensiones la totalidad el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y 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 esto teniendo en cuenta el tiempo en que la demandante se mantuvo afiliada a ese fondo. Al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo anterior se concede el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.



Así mismo, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir las sumas mencionadas en los párrafos precedentes.

CUARTO: *NO ACCEDER a las solicitudes presentadas en el Llamamiento en Garantía que presentó COLFONDOS S.A., frente a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: *COSTAS a cargo de LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a favor de la parte demandante, por secretaría fjense las agencias en derecho.*

SEXTO. *COSTAS a cargo de la parte demandada COLFONDOS S.A. y a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., por secretaría fjense las agencias en derecho.*

SEPTIMO: *Si esta decisión no es apelada remítase el expediente a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que surta la consulta respecto a COLPENSIONES.*

El *A-quo* señaló que, Colfondos no cumplió diligentemente con su deber de dar información necesaria y transparente, respecto a las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, previo y durante la afiliación de la demandante a ese fondo, y por ende era procedente declarar la ineficacia del traslado.

Posteriormente, hizo un relato jurisprudencial en lo atinente al deber de información y a la claridad que deben tener las AFP al momento de brindar la información a sus afiliados, con el fin de que este comprenda cuales son las características, productos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Explicó, además, que la libre y voluntaria elección de régimen pensional no puede circunscribirse a la simple suscripción de un formato de vinculación.

Asimismo, expresó que, el hecho de que la demandante hubiese adquirido conocimientos laborando como asesora comercial en una AFP, no quiere decir que tiene la información suficiente y requerida para saber si le conviene o no estar en el régimen de ahorro individual, ya que las capacitaciones que recibía eran de tipo comercial.

Por último, desestimó el llamamiento en garantía realizado por Colfondos a Allianz S.A. por no acreditarse el derecho contractual o legal de exigir la indemnización del perjuicio, por parte de Colfondos.

Recursos de Apelación: La apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el despacho, argumentando que no se acreditó que el traslado al régimen de ahorro individual estuviera viciado por falta de información. Que la actora tuvo la oportunidad de realizar el traslado de régimen dentro de los términos dados por la ley, y teniendo todo el conocimiento necesario para realizar dicho traslado, ya que su actividad laboral consistía en



brindar asesoría y vinculaciones al régimen de ahorro individual. Alega también que, la responsabilidad del traslado de régimen pensional afecta la sostenibilidad financiera del sistema pues a Colpensiones se le atribuye una carga que no está obligada a soportar.

Por su parte, el apoderado de COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación contra el inciso primero de la sentencia, considerando que no se debe ordenar a su representada a retornar los gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida, ya que estos se descuentan por disposición de la Ley y no por arbitrariedad de las administradoras del RAIS. También alegó que sí es procedente el llamamiento en garantía, y que se debe tener en cuenta que todas las condenas hacia su representada deben ser trasladadas a la llamada en garantía.

por último, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juzgado, aduciendo a que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado, pues debe tenerse en cuenta que, por la actividad laboral que ejercía la actora, era conocedora de las características del régimen, así como también de las ventajas y desventajas. Que, aun así, teniendo la oportunidad de realizar el traslado de régimen antes de cumplir la edad requerida, no lo hizo, evidenciando así la voluntad de la actora de continuar afiliada en el régimen de ahorro individual. También manifiesta que no se deben devolver los gastos de administración como quiera que estos gastos eran de origen legal, demostrando que los gastos administrativos recaudados no corresponden a un actuar caprichoso por parte de Porvenir, sino que por el contrario tiene su fundamento en la misma ley, por lo tanto, es inviable la devolución.

Actuación Procesal en Segunda Instancia: Surtido lo anterior, mediante providencia del 10 de noviembre de 2023, se avocó el conocimiento del presente proceso, el cual le correspondió por reparto a este Despacho, admitiéndose el recurso de apelación propuesto por los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 82 del CPT y SS; así mismo, artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, mediante el mismo auto, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones por el término de cinco (5) días.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que en virtud del principio de consonancia estatuido en el art. 66 A del CPTSS, la competencia de esta Corporación está enmarcada por las inconformidades presentada por los recurrentes, no obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTSS que le asiste a Colpensiones, se revisará íntegramente el fallo.

Marco Jurídico: El artículo 13, 36 de la ley 100 de 1993, sentencias C-789 de 2002, C-10-24 de 2004 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, sentencia del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46.292, del 9 de septiembre de 2008, rad. 31.989 de la C.S.J. S.C.L., artículo 167 del C.G.P., Sentencias SL-4324 de 2022, SL-1688 de 2019, SL-1452 de 2019, SL-1678 de 2019 y SL-1689 de 2019.



Problema jurídico: Consiste el sub judice en determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante, el señor AURA ROSA GUZMAN FONTALVO y, como consecuencia, ordenar el traslado de los dineros que se encuentran en su cuenta individual que tiene en la actual AFP PORVENIR S.A a COLPENSIONES.

Caso Concreto Examinado el expediente, se observa de las pruebas documentales aportadas, que la demandante tuvo una afiliación inicial en el RPMPD administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, y que, posteriormente efectuó un traslado dentro del RAIS, así:

ACTUACIÓN	ENTIDAD O AFP	FECHA INICIO DE EFECTIVIDAD	FECHA FINAL DE EFECTIVIDAD	ARCHIVO
AFILIACIÓN INICIAL	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	12/09/1986	30/09/1993	<i>Primera Instancia_C01Principal_Con testacin de demanda.pdf</i>
TRASLADO DE RÉGIMEN	COLFONDOS	01/10/1999	31/02/2000	<i>Primera Instancia_C01Principal_Con testacin de demanda.pdf</i>
TRASLADO HORIZONTAL	PORVENIR	01/03/2000	Actual	<i>Primera Instancia_C01Principal_Con testacin de demanda.pdf, -</i>

Lo anterior, conforme se constata con los formatos de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones de COLFONDOS S.A., PORVENIR y el ISS hoy COLPENSIONES, entidades en las cuales un total de 1.579 semanas de trabajo. Además, se encuentra demostrado que la actora presentó solicitud de traslado a COLPENSIONES teniendo una respuesta negativa.

Establecidas las anteriores premisas fácticas, procede la Sala a determinar si se requiere una expectativa pensional para que se configure la ineficacia del traslado.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibles lo referido por la recurrente COLPENSIONES que considera que declarar la ineficacia del traslado del actor se violaría el principio de libertad financiera, sin embargo, esto no obsta para que se estudie si el fondo de pensiones incumplió con sus deberes de información, asesoría y consejo.

DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE TRASLADO

En lo referido al traslado entre regímenes, la Sala debe dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia de traslado de régimen pensional, así las cosas, se tiene



que, en cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y la ineficacia en sentido estricto suponen un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que “*«la ineficacia en sentido propio o restringido consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez»*.” Es decir que, a falta de uno de los requisitos estructurales dentro del negocio jurídico, que en este caso es el traslado de régimen pensional, se tendría la falta de información o información necesaria sobre las ventajas o desventajas, como uno de éstos, razón por la cual, nos encontramos frente a la mencionada figura, en la medida en que la actora afirma que no recibió mayor asesoría para efectuar los diversos traslados, no le indicaron las ventajas y desventajas del mismo.

DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS AFP

Al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria; en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez ante la existencia del traslado, dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión en tal sentido.

Desde luego, la afiliación libre y voluntaria implica que se conozca la incidencia de esta en los derechos prestacionales, la entrega de la información completa y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que le fuera más beneficiosa, pues lo contrario acarrea la ineficacia del tránsito, según lo adoctrinó la CSJ en sentencia SL12136- 2014.

En ese mismo sentido, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, en el numeral 1 del artículo 97, estableció la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Lo anterior, implica la obligación de las AFP de dar a conocer a los usuarios las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; esto conlleva una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.



Posteriormente, las diversas normativas fueron ampliando los deberes de las AFP sobre el particular, así el deber de información, asesoría y buen consejo, desarrollado en el artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y la ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n. 016 de 2016, contemplando además la doble asesoría, que lleva Rad. Interno: 69.661 -- A19 inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En cuanto se refiere a que la suscripción del formulario de afiliación acredita el consentimiento del afiliado (a), y la manifestación de voluntad contenida en éste, a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y como lo ha señalado la H. Corporación, entre otras, en sentencias SL-4360 de 2019, el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de omitirse ese deber, no puede hablarse de una voluntad realmente libre. Así, no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. La aprobación de los formatos preimpresos por parte de la Superintendencia Financiera de ninguna manera sustituye la obligación que tienen los fondos de pensiones de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen.

En sentencia SL 3035-2021 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral indicó sobre el deber de información contenido en el Decreto 663 de 1993:

- *Para resolver los anteriores cuestionamientos es suficiente recordar que en sentencias CSJ SL 1743-2021, SL 373-2021 y CSJ SL 1452-2019, reiterada, entre otras, en CSJ SL 1688-2019 y CSJ SL 1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado». La información debe contar con transparencia, la cual consiste en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL 1452-2019). Cuando se debate que la AFP no suministró la información pertinente que ilustrara al trabajador al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP: «En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de*



la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (CSJ SL 4373-2020, SL SL 1688-2019).”

A su vez, es menester mencionar que en sentencia SL 553 de 2022, la Sala Laboral indica que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de los fondos de pensiones. En este sentido la corporación, precisó:

- *“Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado. La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.*

DE LA CONVALIDACIÓN POR EL DEMANDANTE

En ese orden, la AFP COLFONDOS S.A dentro del interrogatorio de parte, a través de su apoderado, le pregunta a la actora que como fue su proceso de afiliación, a lo que responde que su afiliación al RAIS había sido con Colfondos como quiera que al momento de entrar a trabajar en círculo de Viajes Universal le colocaron a firmar unos documentos dentro de los cuales se encontraban el contrato y un formato de afiliación de Colfondos y le indicaron que era un requisito como quiera que esa empresa trabajaba con esa AFP, que no hubo presencia de un asesor de Colfondos en el momento de la suscripción de la afiliación, así mismo dice que, cuando cambio de Colfondos a Porvenir lo hizo porque iba a comenzar a trabajar con esa AFP y por lógica debía afiliarse a dicha entidad, que ella al momento de vender los productos de Porvenir hablaba de las bondades y beneficios que tiene la entidad y que después del año 2018 cuando salió lo de la doble asesoría indican esa situación que al llegar a la edad de 45 años las mujeres y los hombres a la edad de 50 años tienen derecho a recibir esa doble asesoría como ultima oportunas de afiliarse a Colpensiones. Por lo que, basta con señalar que la actora actuó bajo la confianza de buena fe de su empleador, ni siquiera hubo una asesoría propia de los asesores de COLFONDOS S.A. quienes fueron lo que realizaron en principio el traslado de régimen pensional, también es evidente que la actora desconoce el deber de información que esta a cargo de las AFP al momento de vender los mismos productos. Así mismo, en lo que respecta a la apreciación hecha por COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión en cuanto a que, la parte demandante optó por cambiarse de régimen por voluntad propia, razón por la cual declarar ineficaz dicho traslado y ordenar su afiliación al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES no es viable ya que afectaría la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, dicho argumento no es válido para emitir un voto a favor de las accionadas, toda vez que la decisión del



juez de primera instancia fue declarar la ineficacia de la afiliación y no la nulidad, lo que repercute en que la misma sea insaneable, por tratarse de una situación que nunca produjo efectos, y precisamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL1688 de 2019, reiterada en la sentencia SL3168 de 2021, aludió que: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. (Subrayas fuera de texto)”*.

CARGA DE LA PRUEBA

Así las cosas, corresponde a la Sala constatar si el demandante fue debidamente informado sobre las consecuencias del traslado del régimen, siendo afirmado por ésta en el libelo introductorio y en el interrogatorio de parte que, los documentos fueron firmados de manera voluntaria, sin embargo, fue bajo la subordinación proyectada por su empleadores a las que estuvo vinculada la actora, entre esas PORVENIR S.A, quien aunque no fue la que realizó el traslado de régimen, si es la última en administrar los aportes pensionales de demandado, por lo tanto, tenía el deber de informar al afiliado las consecuencias, ventajas o desventajas entre un régimen y otro, así como derecho al retracto que le asistía, sin embargo, la actora manifiesta no se le dio información sobre cuál sería el monto de su pensión una vez llegado el momento de pensionarse, así como los beneficios y consecuencias que el traería el cambio de régimen, entonces, en ese orden de ideas, es evidente concluir con base en lo manifestado en el libelo demandatorio y el interrogatorio de parte practicado la actora, que ésta no fue mínimamente informada sobre las consecuencias del traslado del régimen, lo que implica el traslado de la carga de la prueba a la entidad encargada de la administración del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para demostrar así el cumplimiento de los deberes de información completa, veraz y oportuna al fondo de pensiones, siendo entonces, de recibo los argumentos del Juzgador cuando adujo que pese a que no cumplieron con el deber de información, se debió tener en cuenta que para el momento del traslado del régimen no existía ley que exigiera a las AFP suministrar información detallada y precisa, sin embargo, la misma tampoco fue suministrada a lo largo de todas las etapas del proceso, ni en los años que estuvo vinculada a dicha AFP, información que debía ser completa y comprensible, que trascendiera en el simple deber de información a la cual estaba obligada la administradora de pensiones correspondiente, información que en este evento debía suministrarse por COLFONDOS y PORVENIR S.A.

En tal sentido se pronunció recientemente la CSJ en sentencia SL655/2022 del 16 de febrero de 2022 – M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz:

- *“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de*



aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada—cuando no imposible—o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral del CSJ en sentencia SL3464 de 2019, menciona que: “La Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis. (...) En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)”. (Subraya la Sala).



En sentencia SL19447-2017, reiterada en la SL1425-2019, se indicó que: *“no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]”*

En este sentido, se tiene que las demandadas COLFONDOS y PORVENIR S.A, no demostraron haber dado la información necesaria al actor, para que lograra elegir libremente el fondo de pensiones que más le hubiese convenido.

Teniendo en cuenta lo anterior y las pruebas aportadas, se torna en ese sentido ineficaz el traslado realizado, dado el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía a la parte demandada, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

En armonía con lo expresado, el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no produce efectos, lo que apareja como consecuencia el regreso del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES.

Conforme a lo argumentado ut supra, así la demandante haya seguido cotizando, no por ello se puede concluir que la entidad privada haya cumplido su deber de información y todos los aspectos que debió poner en conocimiento desde antes de comenzar a recibir las cotizaciones.

Cabe resaltar que la decisión de ordenar la devolución de todas las cotizaciones del actor a COLPENSIONES no conlleva un detrimento patrimonial público. En tanto, el eventual reconocimiento de derechos pensionales se hará con los aportes realizados por la demandante, siendo que, además, los dineros administrados por esa entidad por esa misma razón no provienen del tesoro público.

En el presente caso, como se está declarando la ineficacia del traslado, el actor debe retornar al régimen que estaba afiliado y, por ende, se reitera que Colpensiones recibirá los aportes y rendimientos, los cuales irán a un fondo común y con esto se financiara la pensión de la actora.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL

La Constitución consagra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en el inciso 7° de su artículo 48. En virtud de esta disposición, el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetar los derechos adquiridos y asumir el pago de la deuda pensional que esté a su cargo, de conformidad con la ley.

La Sentencia SU-149 de 2021 precisó que la sostenibilidad financiera es un principio de aplicación específica para el sistema de seguridad social. En tal virtud, este debe ponderarse con el alcance de los derechos constitucionales vinculados a



las prestaciones del sistema de seguridad social, como es el caso de las pensiones. El objetivo que se busca es garantizar la financiación adecuada del sistema, en un marco de progresividad y universalidad.

De lo anterior, no es posible afirmar que declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, pues a fin de garantizar la misma es que se ordena la devolución de las correspondientes cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, los cuales deberán ser redimidos, así como cualquier suma adicional que haya recibido, incluidos los gastos de administración, seguro provisional y aportes al fondo de pensión mínima, monto que deberá ser debidamente indexados al momento de su traslado y que reposan en PROTECCIÓN S.A, esto con el fin de que no sea COLPENSIONES la afectada con el traslado de régimen de la actora.

DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Vale resaltar que lo atinente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que las demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. manifiestan su desacuerdo con la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, no se accederá a ello, toda vez que su deducción implica un deterioro del bien administrado, el que no puede ser sufrido por el actor, sino por las AFP, posición que corresponde a la asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según lo ha expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020, en las que ha dicho que las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez están a cargo de dichos fondos. De ahí que resulte pertinente la devolución de los dineros por gastos de administración, como bien lo consideró el *a quo*.

DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA

De otro lado, resalta la Sala que, sobre las consecuencias que acarrea la ineficacia del traslado entre regímenes la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436, de 14 de agosto de 2019 expresa que: *“declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).*

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.



Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421- 2019 y CSJSL1688-2019)”.

Es decir, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva a que la demandada PORVENIR S.A entidad en la cual se encuentra afiliado el promotor del proceso, deberá trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos. Asimismo, deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, en tal sentido evidencia la sala la necesidad de confirmar la sentencia proferida por el *a quo*.

Cabe resaltar que la decisión de ordenar la devolución de todas las cotizaciones de la actora a COLPENSIONES no conlleva a un detrimento al patrimonio público; pues en el eventual reconocimiento de derechos pensionales se hará con los aportes realizados por aquella, siendo que, además, los dineros administrados por esa entidad por esa misma razón no provienen del tesoro público.

Al respecto, de conformidad con la jurisprudencia ya explicada todos los fondos de pensiones donde el demandante estuvo vinculado, tienen la obligación de devolver y reintegrar la totalidad de los recursos acumulados por el trabajador en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de forma plena y con efectos retroactivos, incluyendo los valores que el Fondo Privado cobró a título de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes para garantía de pensión mínima, ello porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión vejez o prestaciones pensionales a que tienen derecho los afiliados a ese fondo común en el RPM, puesto que como se ha reiterado los efectos de la ineficacia es volver las cosas a su estado inicial, es decir los dineros de la cuenta de la demandante nunca debieron entrar en dominio de la AFP donde surtió su traslado inicial y mucho menos a las AFP a las cuales fue trasladado con posterioridad, y por tanto se deben devolver todos los valores que constituyan dicho capital y que hayan sido cotizados en los diferentes fondos del RAIS.



En cuanto al punto de apelación de la demandada COLFONDOS S.A. en el cual manifiesta que los todos montos correspondientes a la condena deben ser devueltos por la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A; dicho punto no es procedente, pues como ya se ha reiterado a lo largo de esta sentencia corresponde a la AFP, en este caso COLFONDOS S.A. devolver la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora y los mismos deben ser devueltos con cargo a los propios recursos de la AFP.

Por lo anterior, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a la demandada COLPENSIONES, se evidencia la necesidad de confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto le asiste la razón al *a quo* al ordenar la devolución de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de la AFP PORVENIR S.A.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del Código General del proceso estipula que,

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. 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. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)*”

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia (SL4959-2016) ha adoctrinado que las costas procesales son una consecuencia procesal del ejercicio de la acción instaurada, que dependen del resultado del proceso y tienen por objeto resarcir los perjuicios causados o reembolsar los gastos ocurridos por la actividad de los litigantes.

Por lo tanto, se condenará en costas a las partes demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, a quienes se le resolvió en forma desfavorable el recurso de apelación, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P. Con relación a la fijación de agencias en derecho, se dispondrá las mismas sean fijadas por auto separado siguiendo las previsiones del artículo 366 del C.G.P.

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta acertada la decisión proferida por el *a quo* al ordenar a PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A. a devolver al RPMPD, actualmente administrado por COLPENSIONES, los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, en consecuencia, se confirmará el fallo de primer grado de fecha 19 de septiembre de 2023 dictado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla.



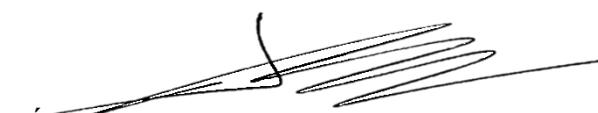
Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 19 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. Se fijan las agencias en derecho por auto separado.

COPIESE, NOTIFÍQUESE, CUMPLASE.


CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Magistrado Ponente

CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ **EDGAR ENRIQUE BENAVIDES GETIAL**
Magistrada Magistrado
Ausencia justificada

Firmado Por:

Cesar Rafael Marcucci Diazgranados
Magistrado
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Edgar Enrique Benavides Getial
Magistrado
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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: **2ebdd163038bcd7d2969d223fe80229c23935d28e1ffeafbcb97d6d6fb5645c**

Documento generado en 15/12/2023 10:15:38 AM

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