REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: SARAY NATALY PONCE DEL PORTILLO.

Manizales, dos (2) de septiembre dos mil veintiuno (2021)

AUTO DE PONENTE

Se reconoce personería a la doctora Juliana Arias Vásquez, identificada con la C.C. 1.053.805.664 y T.P. No. 281.500 del CSJ, para que funja como apoderada judicial sustituta de COLPENSIONES, en los términos de la sustitución de poder que fue presentada en esta segunda instancia.

I. ASUNTO

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, a proferir la decisión que en derecho corresponda dentro del presente proceso ordinario laboral y de la seguridad social promovido por la señora **MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.** La Magistrada Ponente declaró abierto el acto, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Previa deliberación de los Magistrados que integran la Sala de Decisión y de conformidad con el Acta de Discusión Nº 136, por unanimidad, acordaron la siguiente providencia para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida en primera

instancia por el Juzgado Laboral de Descongestión del Circuito de Manizales, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en todo lo que no fue objeto de apelación.

II. ANTECEDENTES:

2.1 DEMANDA

La señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ presentó demanda ordinaria laboral y de seguridad social de primera instancia, pretendiendo que se declare la nulidad del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad surtido en HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, solicita que se ordene a esta última devolver a COLPENSIONES los aportes pensionales con los rendimientos financieros.

Como fundamento de sus pretensiones, informó la accionante que nació el 26 de octubre de 1962; que el 14 de febrero de 1996 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; que con anterioridad había cotizado en el RPMPD un total de 453 semanas; que al momento del traslado, HORIZONTE hoy PORVENIR, no le proporcionó información sobre las implicaciones económicas y jurídicas del traslado; que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, pero su petición fue resuelta de manera desfavorable

2.2. CONTESTACIONES:

A estas solicitudes se opusieron las entidades demandadas.

2.2.1 COLPENSIONES

Expuso que a la demandante no le asiste derecho para que se declare la nulidad de la afiliación, puesto que en esta no se configuró ningún vicio del consentimiento, aunado a que era plenamente capaz para la fecha en que se trasladó de régimen; que la actora al momento de trasladarse no solicitó al RAIS una proyección de lo que sería su mesada pensional ni tampoco se acercó al ISS para asesorarse de su decisión; que la intención de la accionante de pertenecer al régimen de prima media es la de obtener una mejor rentabilidad, lo cual no es aceptable, puesto que incluso va en contravía de la sostenibilidad financiera del

sistema. De otro lado, esgrimió que no se dan los presupuestos de ley para que la señora ROCHA SÁNCHEZ retorne al régimen de prima media con prestación definida. Con esos planteamientos formuló las excepciones de **"VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD", "INAPLICABILIDAD DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL PARA CONSERVAR EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN", "INVALIDEZ DEL RETORNO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA", "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE"** y **"DECLARABLES DE OFICIO".**

2.2.2. PORVENIR S.A.:

En la respuesta al gestor, este fondo de pensiones indicó igualmente que la vinculación de la demandante al RAIS es válida desde el punto de vista legal, en la medida en que aquella suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, documento que reúne los requisitos de ley; que los asesores de la entidad informan a los potenciales afiliados las características propias de cada régimen, conforme a la normativa de la época que no exigía entregar proyecciones financieras, pese a que las mismas eran convenientes en esa anualidad; que la inconveniencia en un negocio jurídico no es causal de nulidad o de ineficacia; que en el acto de traslado no hubo vicio en el consentimiento alguno; que la actora está alegando su propia culpa, lo que atenta contra el principio de la buena fe y la teoría de los actos propios; que la actora se encuentra incursa en una prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, por tener cumplida la edad para pensionarse y no ser beneficiaria del régimen de transición. También indicó que lo reclamado debe solicitarse a través de una acción de resarcimiento de perjuicios. Por eso, propuso las excepciones de **"VALIDEZ Y EFICACIA DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE AL RAIS E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO", "SANEAMIENTO DE LA EVENTUAL NULIDAD RELATIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN, EN CASO DE QUE SE DECLARARE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL PAGO AL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS", "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE"** y la **"INNOMINADA O GENÉRICA".**

2.2.3.PROTECCIÓN S.A.

En decisión proferida el día 9 de abril de 2021, se dispuso integrar el litisconsorcio necesario con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A., cuyo vocero judicial dio respuesta a la demanda, indicando que la demandante seleccionó libremente el RAIS y no puede ir en contra de su decisión, según la doctrina de los actos propios; adujo que la señora ROCHA SÁNCHEZ no hizo uso del derecho de retractarse, lo que demuestra que no existía inconformidad alguna en cuanto a su permanencia en el RAIS. Asimismo, refirió que no se configura ningún vicio en el consentimiento y que ya no es procedente efectuar el traslado, por haberse superado los términos de la ley. En consecuencia, planteó las excepciones de **"GENÉRICA O INNOMINADA", "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE", "COMPENSACIÓN", "EXONERACIÓN DE CONDENA EN COSTAS", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y/O AUSENCIA DE PERSONERÍA SUSTANTIVA POR PASIVA DE MI REPRESENTADA", "INEXISTENCIA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN", "INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE LA OPORTUNIDAD", "AUSENCIA DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES IRROGADOS POR PARTE DE ESTA ENTIDAD LLAMADA A JUICIO", "AFECTACIÓN DE LA ESTABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA EN CASO DE ACCEDER AL TRASLADO", "EXCEPCIÓN DE MÉRITO SEGURO PREVISIONAL"** y **"EXCEPCIÓN DE MÉRITO CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN".**

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En la sentencia proferida el 29 de junio de 2021, el Juzgado Laboral de Descongestión del Circuito de Manizales declaró que el traslado de la señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue ineficaz; en tal virtud, ordenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. que dentro de los 30 días siguientes devuelvan a COLPENSIONES todos los aportes acumulados en la cuenta individual de la demandante con sus respectivos rendimientos financieros, así como los gastos de administración, comisiones, aportes para garantía de pensión mínima, primas destinadas a pagar el reaseguro de FOGAFIN y los seguros de invalidez y sobrevivientes con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados, condicionando la condena de la última entidad al caso de no haberlo hecho. De igual manera, declaró que COLPENSIONES es la

aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 3 de julio de 1984.

2.4. RECURSOS DE APELACIÓN:

2.4.1 COLPENSIONES: Inconforme con lo decidido, la apoderada judicial de este ente recurrió la sentencia de primer grado, indicando que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación es totalmente ajeno a esa administradora, puesto que la entidad obligada a brindar toda la información suficiente era la AFP codemandada, razón por la cual COLPENSIONES, como tercero de buena fe, debe ser absuelto; que se debe analizar el proceso a la luz de la normatividad vigente al momento de realizarse el traslado de régimen, lo que significa que únicamente se le debe exigir a la AFP el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993; que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en la AFP, pues la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que estaba firmando y solicitar una asesoría adicional; que en el interrogatorio de parte la señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ confesó que realizó diferentes traslados entre fondos privados; que las actuaciones de COLPENSIONES se encuentran revestidas de buena fe y que la negativa de recibir a la demandante se basa en el cumplimiento del deber legal de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la entidad no puede reconocer prerrogativas y derechos por mera liberalidad; finalmente sobre las costas, solicitó exonerar a la entidad, porque no le adeuda suma de dinero a la accionante y no se evidencia negligencia en su actuar.

2.4.2. PORVENIR S.A.: La vocera de esta AFP interpuso recurso de alzada, argumentando que quedó demostrado que la demandante realizó 3 traslados horizontales en el RAIS, sin embargo no se tuvieron en cuenta con el argumento que se debe estudiar únicamente el primero, desconociendo lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL413 de 2018, que cita; que en el caso se vio que la actora estuvo muy cómoda en el RAIS durante 25 años, nunca tuvo intenciones de retornar a COLPENSIONES y tuvo conocimiento sobre cómo se movía su cuenta de ahorro individual, por lo que, no está de acuerdo con que se declare la ineficacia de la afiliación indicando que no tuvo la información, pues la conoció y estuvo de acuerdo en seguir en el RAIS; sobre la orden dada de trasladar los gastos de administración, adujo que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, esos gastos se cobran por una orden legal y

COLPENSIONES no ha efectuado ningún tipo de administración, por lo que no le es dable recibirlos; que los gastos sirven para que la administradora pague sus sedes y empleados, pero solo va una ínfima parte para ello, porque además se pagan las primas de seguros previsionales y los aportes asistenciales, por lo que en la sentencia se ha hecho una doble condena a PORVENIR cuando se ha dicho que debe devolver los gastos de administración, pero también primas y aportes a fondo de solidaridad; que se ha condenado a devolver los rendimientos obtenidos por la demandante, lo cual no es de recibo teniendo en cuenta que estos son una característica de RAIS y que si las cosas deben volver al estado en el que estaban, a lo sumo lo que debió hacer PORVENIR es pagar intereses; que se estaría atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema, pues no únicamente el RAIS tiene inconvenientes cuando devuelve los rendimientos y gastos de administración, sino que también afecta al RPM porque debe asumir con subsidios la diferencia entre lo que realmente se debió recibir como mesada pensional y lo que recibirá en el RPM; insistió en que la demandante está inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003 por haber cumplido la edad para pensionarse y por ello no puede retornar a COLPENSIONES; sobre la condena en costas, manifestó su inconformidad afirmando que para la época de traslado la entidad dio la información exigida por la ley y la sentencia se dio debido un cambio jurisprudencial.

2.4.3. PROTECCIÓN S.A.

La vocera judicial de esta AFP, sustentó su inconformidad en que la demandante recibió las asesorías correspondientes, de manera contundente ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y se benefició de los rendimientos y las prerrogativas propias del RAIS durante más 25 años; que el ordenamiento jurídico en años anteriores exigía un nivel de información básico, esto es, solo existía la obligación del formulario suscrito en el que se plasmaba la voluntad del afiliado y la asesoría se daba de forma verbal; que la Corte Suprema ha creado una línea jurisprudencial amplia y estricta respecto a los procesos de ineficacia y no puede pretender que eso tenga efectos retroactivos para la época del traslado; señaló que la jurisprudencia es mucho más rigurosa y explícita, pero no puede tener aplicación en los 3 traslados que realizó la demandante; adujo, que no se podía desconocer el grado de instrucción de la accionante porque es economista y tenía claro que el RAIS generaba unos rendimientos; sobre los gastos de administración, expuso que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 establece que el

3% de los aportes se destinará a ellos y el disponerse su devolución resulta inequitativo con el fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada, tales como la remisión de los extractos, la disposición de los canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos cuya diligencia es precisamente del origen de los rendimientos de los aportes generados en ese espacio de tiempo; que la consecuencia de la ineficacia trae la exclusión de todo efecto jurídico, es decir, que la afiliada debe trasladarse a COLPENSIONES como si nunca hubiera estado afiliada a las AFP; que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena gestión realizada por PROTECCIÓN S.A., lo que no hubiera sucedido en el RPM; que no operaría la devolución de los rendimientos financieros pues se debe presumir que nunca existió la afiliación y por ende tal concepto no se generó; afirmó que constituye un enriquecimiento sin causa ordenar la devolución de los seguros previsionales, pues estos surgen por mandato legal ante una eventual contingencia; solicitó absolver de costas de primera instancia, porque no fue el fondo que hizo la afiliación y ya devolvió a PORVENIR todos los emolumentos y la demandante no se encuentra activa en PROTECCIÓN, además de haber actuado de buena fe.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1.1. COLPENSIONES: Dentro del término legal previsto, la apoderada judicial presentó escrito de alegación, en el que indicó que esta entidad no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico suscrito entre las partes, y en ese sentido no le asiste responsabilidad en cuanto a la omisión de información, puesto que esta es predicable de las AFP, quien no cumplió con la carga de la prueba. De otro lado, manifestó que la negativa de recibir a la actora se debe a un cumplimiento estricto de la ley, por la imposibilidad del traslado cuando la persona se encuentra a 10 años de pensionarse, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

2.5.1.2 PORVENIR: Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, indicando que quedó probado dentro del proceso que hubo un cumplimiento del deber de asesoría y suministro de información por parte de esa AFP, puesto que al momento de traslado se le explicaron a la demandante las

diferencias entre los dos regímenes y las consecuencias de esa decisión; que es apenas lógico que la señora ROCHA SÁNCHEZ no recuerde la información que se le brindó por el transcurso del tiempo, pero para esa fecha no existía la obligación de mantener constancia escrita de las asesorías ni de realizar proyecciones financieras; que la inconformidad de la demandante es de tipo económico y esto no vicia el consentimiento y tampoco es causal de ineficacia del acto jurídico; que la afiliada no estaba eximida de la carga negocial de acceder a la información y su actitud pasiva debió ser valorada; que la única obligación que le asiste a PORVENIR es la de devolver los aportes que realizó la actora, pero no los demás emolumentos, puesto que los gastos de administración están autorizados por ley surgen como contraprestación de la gestión y devolver con cargo a sus propias utilidades genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES; que en lo que respecta al pago a los seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, son descuentos autorizados por ley con destino a las aseguradoras; también indicó que debe tenerse en cuenta la sentencia SL3752 de 2020, sobre los actos de relacionamiento. Por último, refirió que la entidad no debe ser condenada al pago de costas procesales, porque ha actuado en cumplimiento de la ley.

2.5.1.3. PROTECCIÓN S.A. El apoderado de esta entidad solicitó que sea revocada la sentencia de primer grado, argumentando que esta clase de sentencias en obedecimiento a la línea jurisprudencial, a su juicio, vulneran los derechos de las entidades de seguridad social y la normativa sobre la materia, así: se incurre en prevaricato, al ordenarle a los fondos el reintegro de los gastos de administración y otros conceptos, en claro desconocimiento de la Ley, concretamente el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y el articulo 1746 del C.C.; se desconocen los precedentes jurisprudenciales relacionados con las prestaciones acaecidas; se viola el artículo 50 del C.S.T. que advierte de las facultades ultra y/o extrapetita, en el sentido que el juzgador de primera o segunda instancia deba modificar las pretensiones sin que la ley se lo permita, inclusive agrega pretensiones que la parte actora no incluyó en la demanda como son los gastos de administración; viola la doctrina de los actos propios según la cual es inadmisible proceder en contra de los actos mismos ejecutados por la parte para desconocer, limitar, restringir o vulnerar los derechos de otra; se desconocen las normas adjetivas relativas a los medios probatorios, en lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte cuando los juzgadores de instancia rescatan de manera equivocada lo que manifiesta el

demandante para su propia conveniencia, porque la filosofía del interrogatorio de parte es procurar la confesión; viola la declaratoria de exequibilidad del art. 36 de la Ley 100 de 1993, cuando se advierte que es posible recuperar el régimen anterior (RPMPD) cuando se tiene derecho al régimen de transición porque se tiene cotizado quince años de servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, sin embargo la demandante no tiene derecho al régimen de transición no obstante se accede al beneficio que implica el mayor valor de la mesada pensional al interior de ese régimen; concluyó señalando que esta clase de decisiones podrían evitar vulnerar todos estos derechos si se decide en equidad.

2.5.1.4. PARTE DEMANDANTE: Solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que quedó demostrado que a la promotora de la Litis no se le brindó la información sobre las consecuencias negativas jurídicas y económicas de realizar el traslado entre regímenes, sus desventajas y riesgos, por lo que no existió un consentimiento informado, como se colige del interrogatorio de parte; que en virtud de lo anterior, el acto de traslado es ineficaz como bien se declaró por la a-quo, conforme a la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puesto que el formulario de afiliación tampoco acredita el cumplimiento de dichos deberes.

III. CONSIDERACIONES

3.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Así las cosas, en aplicación del principio de consonancia de que trata el artículo 66 A del CPL y de SS y en el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de COLPENSIONES respecto a los aspectos que no fueron objeto de alzada, corresponde a la Sala analizar:

- *¿Se torna procedente declarar plenamente válido el traslado de régimen surtido por la señora* MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ *del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, o por el contrario, el mismo fue ineficaz?*

- *En este último caso, se resolverá si ¿es procedente ordenar a COLPENSIONES afiliar a la actora y si las AFP demandadas deben trasladar a aquella entidad los conceptos aludidos en la sentencia de primera instancia?*

3.2 SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

3.2.1 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES:

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corporación tendrá en cuenta las siguientes referencias normativas y jurisprudenciales:

-Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 Artículo 1746 del C.C.

-Sentencias con radicados 31989 y 31314 del 9 de septiembre del año 2008, SL12136-2014, SL17595-2017, SL4964-2018, SL037-2019, SL1421-2019, SL1452-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre ineficacia del traslado de régimen. SL1688-2019 y SL-2030-2019 sobre la imprescriptibilidad de la acción. Sentencias SL1452-2019, SL1688-2019 y SL 3464-2019, sobre los gastos de administración. Sentencia SL4360-2019 sobre la indexación de los gastos de administración. Sentencia SL2877 de 2020 (aportes garantía pensión mínima).

3.2.2 HECHOS PROBADOS

Para dirimir el fondo del asunto, es indispensable dejar sentados los hechos que se encuentran probados, así:

1. Que la demandante nació el 26 de octubre de 1962, por lo que en la actualidad cuenta con 58 años de edad. (Folios 48 y 49 del archivo “01 CUADERNO”).
2. Que se afilió al ISS desde el 3 de julio de 1984. (Archivo único de la carpeta historia laboral que consta en el expediente administrativo).
3. Que el 14 de febrero de 1996 solicitó el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, a través de la AFP HORIZONTE, con efectividad desde el 1 de marzo de 1996, tal y como consta en formulario de folios 70, 75 y 181 y el certificado SIAFP visible a folio 274 y 275 ibídem.
4. Que con posterioridad se trasladó a COLPATRIA, PROTECCIÓN HORIZONTE y finalmente a PORVENIR en virtud de la fusión, como consta en los formularios de folios 182 del mismo archivo, 41 y 42 del archivo “16. Respuesta demanda” y en el formato SIAFP de folios 274 y 275 del pdf contentivo del cuaderno principal.

3.2.3 DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN:

Se recuerda que la posibilidad de dejar sin efectos el traslado efectuado de un régimen a otro, ha sido reconocida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias con radicados 31989 y 31314 del 9 de septiembre del año 2008, en las que empezó a desarrollar una serie de derroteros acogidos posteriormente en otras providencias, como las SL12136-2014, SL17595-2017, SL4964-2018, SL037-2019, SL1421-2019, SL1452-2019, SL3464-2019 y SL4360-2019, con los cuales puede asegurarse que el Juez Límite ha trazado una línea jurisprudencial uniforme y reiterada, que en apretada síntesis, se fundamenta en la premisa consistente en que si la decisión de trasladarse no estuvo precedida de una asesoría suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas que podía representarle al asegurado, es ineficaz y procede declarar la nulidad del acto del traslado.

Así por ejemplo, en las sentencias citadas, precisó el órgano de cierre que los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha fijado como requisitos *sine-qua non* para la validez del traslado a cargo de las distintas administradoras, son: **1)** el suministro de la información relacionada con todas las etapas del proceso pensional, es decir, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones necesarias para el disfrute del derecho a la pensión**; 2)** el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad; **3)** que esa información se proporcione con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está; y **4)** que en todo caso, se cumpla el deber del buen consejo que le asiste a la entidad de seguridad social, 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 inconvenientes, y aún si ese fuere el caso, a llegar a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que garanticen al afiliado que su decisión fue debidamente informada para así entender que en realidad fue autónoma y consciente.

También ha asentado la Corte, que en ese orden de ideas, la prueba judicial de la diligencia debida, traducida en la documentación clara y suficiente sobre el anuncio de los efectos e implicaciones del traslado, corresponde a las

AFP, y en vista que todos esos planteamientos están sustentados en los principios que inspiran el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993, ha agregado que tales exigencias reconocidas jurisprudencialmente, no resultan novedosas en nuestro ordenamiento jurídico, porque los comentados deberes de asesoría no solo fueron establecidos desde la Ley 1748 de 2014 o el Decreto 2071 de 2015, sino que desde el inicio del sistema dual, le correspondía "***a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito***." De acuerdo a lo anterior, no es cierto que para la época de traslado de la promotora del litigio no existiera la obligación sobre la que se ha puntualizado, como lo sostienen las demandadas.

En ese contexto y de conformidad con los antecedentes que se acaban de reseñar, les correspondía a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., soportar la carga de demostrar que la decisión del traslado de régimen de la demandante estuvo precedida de una información precisa, clara y suficiente sobre los efectos que conllevaría dejar el régimen de prima media con prestación definida y los alcances que eso significaba para sus expectativas y derechos pensionales, mostrándole al Juez que el traslado cumplió con la asesoría de rigor y los mínimos de transparencia; empero, en el sub lite no existe prueba que permita concluir que esas entidades del régimen de ahorro individual hubieran cumplido con la obligación sobre la que se ha puntualizado y con la cual pudiera predicarse la validez del acto de afiliación al régimen privado.

Lo anterior, porque del interrogatorio de parte que rindió la demandante no se puede colegir que se le dieron a conocer los inconvenientes del traslado, porque esta fue enfática en indicar que no recibió asesoría, lo que evidencia que no se generó confesión. Sobre el particular, debe hacer claridad la Sala que aunque la actora afirmó conocer que en el RAIS los aportes van a una cuenta de ahorro individual y que generan rendimientos, de igual manera señaló que apenas "ahora" conoció que su pensión está determinada por el capital ahorrado, porque en la oportunidad debida no se lo explicaron, y en consecuencia, ello resulta insuficiente para tener confesado el deber de información.

Aunado a ello, la carga del deber de información no se exime por el hecho de que la actora sea economista de profesión, puesto que es una obligación de las AFP respecto a todos sus afiliados, sin consideraciones especiales.

No se desconoce la existencia de los formularios de afiliación de folios 70, 75, 181 y 182 del PDF principal y 41 y 42 del archivo "16. Respuesta demanda", mediante los cuales la señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ manifestó su intención de vincularse a HORIZONTE, COLPATRIA y PROTECCIÓN, pero en sentir del Tribunal, las simples expresiones genéricas que fueron preimpresas en estos, no tienen la capacidad de mostrar cumplidas las exigencias de asesoría, información y buen consejo.

De acuerdo a lo previo, no les asiste razón a las demandadas en uno de los argumentos blandido, puesto que el motivo de declarar ineficaz el traslado no fue consecuencia de que la actora hubiera sido engañada o que se hubiera configurado un vicio del consentimiento, sino en la falta al deber de información.

Aunado a ello, en relación a la tesis referente a que la negativa de las entidades se debe a un cumplimiento estricto de la ley, que no es otra cosa que la imposibilidad de que la demandante se cambie al régimen de prima media con prestación definida por tener cumplida la edad para pensionarse, basta con decir que en este asunto no se ordenó un traslado, sino que por el contrario se declaró su ineficacia, lo que apareja entonces que todos los actos surtidos con posterioridad a ello hayan perdido sus efectos y deba entenderse que la promotora de la Litis siempre ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida. En relación a lo anterior, advierte además la Sala que aunque la exigencia al deber de información era predicable del fondo de pensiones, no puede el afiliado soportar esas consecuencias, aunque COLPENSIONES sea un tercero ajeno a ese negocio.

Se aclara también que con la decisión no se está causando un desfinanciamiento del régimen de prima media, porque todo se retrotrajo al estado inicial, lo que implica que COLPENSIONES va a recibir todos los dineros que de no haberse llevado a cabo el traslado hubiera tenido en su poder.

Por otro lado, bien hizo la a-quo en declarar la ineficacia del acto de traslado, porque esa es la consecuencia que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia le ha asignado, indicando que el efecto es entender que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. Así puede consultarse en la sentencia SL4360-

2019. Pertinente además es indicar que la jurisprudencia es aplicable aun cuando los traslados se hayan materializado en épocas anteriores a las que fueron emitidas.

Así mismo, debe decirse que la motivación que hubiera tenido la demandante para presentar la demanda no tiene incidencia alguna ni implica una convalidación de la falta al deber de suministrar una orientación suficiente, como tampoco el hecho de que esta no se haya acercado a solicitar la información, no haya hecho uso del derecho de retracto ni del periodo de gracia y haya efectuado aportes al RAIS durante tantos años.

También es del caso señalar que si bien es cierto la actora con posterioridad al traslado de régimen surtido con HORIZONTE, efectuó traslados horizontales a COLPATRIA, PROTECCIÓN y HORIZONTE, ello no revalida el vicio de ineficacia latente en el acto inicial y las demandadas deben soportar las consecuencias, conforme lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL2877 de 2020, así:

"(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones (…)*".*

En relación a lo anterior, acota la Sala que no es de recibo el argumento utilizado por las demandadas, en el sentido de que los traslados horizontales, la permanencia en el RAIS y la actitud de la actora deben entenderse como actos de relacionamiento o convalidación. Así se afirma, porque en la providencia citada en el párrafo precedente, explicó la Corte:

"(…) en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que "la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con

prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989)".

En ese sentido, la Corte incluso adoctrinó previendo la existencia de traslados entre fondos adscritos al régimen privado, que:

"(...) los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica (sic) dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen".

Este Tribunal arropa entonces lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que los cambios entre administradoras del RAIS no tienen aptitud para convalidar la afiliación inicial a ese esquema, en la que no hubo suministro de información suficiente por parte del fondo privado al potencial vinculado.

En virtud de ello, cierto es que en la sentencia SL413 de 2018, explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en los casos **"donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen. Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un**

reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado".

Sin embargo, tal planteamiento se efectuó para dilucidar un caso en donde se discutía cuál era la entidad que debía estar a cargo de la pensión de sobrevivientes, puesto que se había firmado formulario de afiliación a una AFP sin haber realizado a ella cotización alguna; es decir, la casuística de dicha providencia no regula un asunto igual o semejante, como si ocurre con la sentencia previamente citada, esto es, la SL2877 de 2020, la que acoge la Sala.

Ahora bien, para resolver otro de los planteamientos de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en el que se duelen de que se haya ordenado la devolución de los gastos de administración, las comisiones, los aportes a la garantía de pensión mínima, las cotizaciones destinadas a pagar las primas de reaseguros de FOGAFÍN y de los seguros de invalidez y de sobrevivientes, debidamente indexados, es pertinente indicar que según las voces del artículo 1746 del C.C., precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades y es aplicable por analogía a la ineficacia, "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita", es decir, que en virtud a ella, lo ocurrido en el transcurso de la ejecución del contrato no nació a la vida jurídica, y en este sentido, deben restituirse las cosas al estado anterior a la celebración del acto. (**CSJ SL1452**, **1688 de 2019**, entre otras). Lo anterior implica, en asuntos como el que hoy nos convoca, la devolución de todos los valores que hubieren recibido los "contratantes" con motivo de la afiliación, incluyendo los conceptos relacionados, los cuales deberán pagar 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, como lo explicó el órgano de cierre en la materia en las sentencias CSJ SL 3464-2019 y SL2877 de 2020.

En este punto, resulta pertinente indicar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 7° de la 797 de 2003, dispone que de la cotización global que realiza el afiliado en el RAIS, un porcentaje va para la cuenta de ahorro individual, otro para cubrir la garantía de pensión mínima y otro más para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFÍN y las

primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En razón a esto, no le asiste razón a la vocera de PORVENIR, cuando asegura que al disponerse la devolución de los gastos de administración ello lleva implícito los demás conceptos, puesto que es evidente, conforme a la norma, que son diferentes.

No se desconoce que estos dineros no obran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, puesto que debían destinarse a FOGAFÍN y a la aseguradora con la cual se contrató el pago de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivientes (ver artículo 70 de la Ley 100 de 1993); pero para la Colegiatura la A.F.P. debe asumirlos con cargo a sus propios recursos, toda vez que, se recuerda, fue su omisión en el cumplimiento de deberes legales lo que condujo a que el traslado careciera de eficacia.

De otro lado, cierto es que PROTECCIÓN ya trasladó a PORVENIR lo que tenía depositado la señora ROCHA SÁNCHEZ en su cuenta de ahorro individual (folio 46 de la contestación), pero la condena se sometió a la condición "en caso de haberlo hecho", precisamente por la imposibilidad de determinar qué conceptos se transfirieron y en consecuencia se confirmará la misma.

Ahora bien, la orden de devolver los rendimientos financieros también se mantendrá incólume, en virtud del mismo principio de las restituciones mutuas, pues a pesar de que se entienda que el negocio jurídico no nació a la vida jurídica, ello no hace entender que tales rendimientos no se generaron, puesto que existen y son consecuencia del negocio declarado ineficaz, y no pueden pretender las AFP que estos ingresen a su patrimonio con base en un acto inexistente.

Las demandadas además se encuentran inconformes con la condena en costas, al indicar que las entidades han actuado conforme a la ley y no se evidencia negligencia de su parte; se recuerda que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por integración normativa al procedimiento laboral, la condena en costas debe ser impuesta a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, de casación, queja, súplica, anulación o de revisión que haya propuesto.

Como puede verse, esta norma sigue un criterio objetivo, imponiendo la carga relacionada al que ha perdido, sin que sea necesario analizar por qué

perdió. Al respecto, en la sentencia C-274 del 3 de junio de 1998, al referirse al art. 392 del C.P.C. que tenía la misma redacción de la norma vigente sobre el tema, la Corte Constitucional explicó que esa norma adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso independientemente de las causas del vencimiento, de suerte que el Juez no debe entrar a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él y resultó vencido, ni cómo fue su conducta extraprocesal.

Bajo esa óptica, en el sub lite resultaba procedente condenarlas en costas en favor de la demandante, pues ya en el trámite del proceso, contrario a los intereses litigiosos que esgrimieron en su defensa, el Juzgado de conocimiento declaró no probadas sus excepciones, y en su lugar, les impuso condena; de ahí que tal aspecto de la providencia apelada también deberá permanecer incólume.

En consecuencia, no salen avantes los recursos de alzada.

Estudiando ahora la excepción de prescripción en el grado jurisdiccional de consulta, corresponde indicar que el hecho de que haya transcurrido tanto tiempo para acudir a la justicia ordinaria no cercena el derecho a reclamar la ineficacia, pues se sabe que por virtud de lo dispuesto en el artículo 53 constitucional y los principios que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, los derechos de esta índole son irrenunciables e imprescriptibles, de tal suerte que la persona está habilitada para reclamarlos en cualquier tiempo. Sobre este punto, pueden consultarse las sentencias SL1688-2019 y SL-2030-2019, en la que la Corte reiteró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

Finalmente, en virtud del mismo grado jurisdiccional, advierte la Sala que en el ordinal quinto de la decisión de primer grado, se incurrió en una impropiedad al declarar que COLPENSIONES es la aseguradora de la demandante desde el 3 de julio de 1984, cuando para esa fecha esa entidad ni siquiera existía, siendo lo correcto entonces declarar que la actora desde esa calenda pertenece al régimen de prima media con prestación definida, por lo que la sentencia se modificará en ese sentido.

En lo demás permanecerá incólume.

Se condenará en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES en favor de la señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ, dada la no prosperidad de los recursos.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Laboral de Descongestión del Circuito de Manizales, el día 29 de junio de 2021, en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social promovido por la señora MARTHA DORIS ROCHA SÁNCHEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en cuanto declaró que COLPENSIONES es la aseguradora de la demandante desde el 3 de julio de 1984, para en su lugar declarar que la actora desde esa fecha pertenece al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia de primera instancia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SARAY NATALY PONCE DEL PORTILLO
Magistrada ponente

WILLIAM SALAZAR GIRALDO
Magistrado

MARÍA DORIAN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

Saray Nataly Ponce Del Portillo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

William Salazar Giraldo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 3 Laboral
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Maria Dorian Alvarez De Alzate
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

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:
17f4b93493e157c9edd9db01b59808d4dba2ee75c97e7a63284fc208de7a48a4
Documento generado en 02/09/2021 02:49:05 PM