REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL RAD. 47-001-31-05-002-2020-00050-01 (R.I. 960) PROMOVIDO POR DAVID ANTONIO MORALES GRAU CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

Acta de aprobación No. 104 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

En Santa Marta, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada **LUZ DARY RIVERA GOYENECHE**, en asocio de los Magistrados, Dra. **ISIS EMILIA BALLESTROS CANTILLO** y Dr. **ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO** con quienes integra la Sala Tercera Laboral, profieren la siguiente,

SENTENCIA

El estudio en esta instancia se agota en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES, ésta última a favor de quien también se surte el grado jurisdiccional de consulta, de la sentencia de fecha 10 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta.

ANTEDECEDENTES

Demanda el señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-; a la AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses. Condenar a COLPENSIONES a volver al estado en que se

encontraba la afiliación del demandante; y condenar a los demandados a lo probado extra y ultra petita, más gastos y costas procesales.

Los hechos que fundamentan las pretensiones se concretan así: el señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU nació el 14 de octubre de 1953; cotizó al sistema de pensiones en el RPM con el ISS desde 1980. En el año 2001 los asesores de COLFONDOS S.A. lo contactaron para obtener su traslado de régimen, y posteriormente los de PORVENIR S.A., los cuales organizaban reuniones de asistencia múltiples en el lugar de trabajo e individualmente en su residencia. Que le manifestaron que el traslado era la situación más favorable para obtener la pensión antes de tiempo, que el ISS desaparecería y nadie le respondería por la pensión, lo que produjo su traslado. Los días 7 y 13 de enero de 2020, elevó solicitud de ineficacia del traslado ante PORVENIR S.A., COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., respectivamente, las que fueron negadas por estos fondos hasta que no existiera una orden de autoridad competente.

La demanda se admitió por auto del 1 de julio de 2020, notificado a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, por carecer de todo sustento legal y lógico. Propuso excepciones de carencia o improcedencia del derecho reclamado; inexistencia de la obligación; buena fe; prescripción y genérica.[1]

[1] 03contestacióncolpensiones

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo, que cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe[2].

COLFONDOS S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Propuso excepciones de prescripción; improcedencia de la nulidad del traslado; firmeza del consentimiento del traslado de régimen y AFP; 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. Art. 20 y 108 ley 100 de 1993; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. Articulo 20 Ley 100 de 1993. Modificado por la Ley 797/2003; ausencia absoluta de responsabilidad; inexistencia de la obligación y causa para pedir; improcedencia de condena en costas; compensación; buena fe y genérica.

Del proceso correspondió conocer al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, que dirimió la Litis mediante sentencia de fecha 10 de marzo de 2021, mediante la cual: declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

[2] 16ContestacionPorvenir

administrado hoy por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que el señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU efectuó el 22 de febrero de 2000, a PORVENIR S.A. Declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por consiguiente, el señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU deberá ser admitido nuevamente al RPM administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que le asisten por pertenecer a dicho régimen desde el momento en que efectuó ese traslado; por ello se ordena a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, PORVENIR S.A, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; y a pagar a favor del demandante la diferencia que pudiere llegar a darse entre los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad , y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media, devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. Ordenó a COLPENSIONES que una vez PORVENIR S.A de cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado de los aportes del demandante del RAIS al de RPM, y a su vez a computarlos como semanas efectivamente cotizadas dentro del régimen que administra. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. Fijó agencias en

derecho en 4 smmlv, 2 para cada uno de los fondos. Ordenó la consulta en caso de no ser apelada.

Las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, apelaron la sentencia. **COLFONDOS S.A.,** indicó, que en este caso no podría hablarse que al momento del traslado del régimen el demandante tenía un derecho adquirido a la pensión, pues solo existía una mera expectativa de alcanzar en el futuro, el goce y disfrute de dicha prestación económica siempre y cuando se cumpliera con los requisitos legales para ello, los cuales el señor David no cumple. Que no existen presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad ya que el traslado se realizó conforme a la ley vigente y con los documentos que debidamente aportó con la contestación de la demanda. Que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por lo tanto no estaba obligada a trasladar los aportes y tampoco el reconocimiento y pago de ninguna otra prestación económica; solicitó se le absolviera de todos los cargos, y no ser condenada en costas. Que no desatendió el mandato legal sino que actuó en estricto cumplimiento de las normas referentes a la Seguridad Social integral.

PORVENIR S.A., alega que el traslado del régimen pensional que realizó el actor fue totalmente libre y espontáneo, que cumplió desde la antesala de la afiliación con la información requerida para que consintiera o no su traslado de acuerdo a las normas vigentes que se hallaban activas para el año 2000, entregando a la parte actora de manera verbal toda la información que terminó con él la suscripción del citado formulario. Que brindar una doble asesoría y conservar

documentales adicionales donde repose la información suministrada incluso llegar a llegar a incentivar la afiliación del actor, son aspectos que nacieron con posterioridad al año 2010, por tanto no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que el actor tuvo actos de relacionamiento en los traslados horizontales lo que demostraba su intención de permanecer afiliado al RAIS, que el actor firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Que en caso que se mantenga la ineficacia del traslado del régimen pensional, debía devolverse las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros según lo indicado por la Superintendencia Financiera en el concepto de enero del año 2020. Que la condena por los bonos pensionales no está llamada a mantenerse porque ya se redimió; los gastos de administración son las gestiones que ha realizado para incrementar el patrimonio del afiliado, por lo que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora, lo cual también aplicaba para la condena de devolver las sumas adicionales al ser un seguro de tracto sucesivo. Señala que siempre ha actuado de buena fe, bajo las normas vigentes que se hallaban en los distintos momentos de los traslados. Se duele de la condena en costas la cual pide sea revocada.

Por su parte, **COLPENSIONES**, alega que el demandante escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería ser afiliado, que se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003 relativa a que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cunado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, y que, además, no hizo uso del derecho al retracto, por tanto, la

suscripción del formulario de afiliación y traslado al régimen de ahorro individual gozaban de plena validez; que nadie puede alegar su propia culpa. Que el demandante manifestó en el interrogatorio de parte que obtuvo estudios universitarios y es profesional economista, por ende debió haberse ilustrado y asesorado dela mejor manera. Que acceder a las pretensiones de la demanda conlleva a que COLPENSIONES deba asumir la carga pensional de un afiliado que por decisión propia se trasladó de régimen lo que, en un corto plazo produce el detrimento de los recursos que la entidad administra, lo cual afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Que si en gracia de discusión se confirma el fallo apelado, pide se ordene el reintegro de la totalidad de cotizaciones, como recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos además bonos pensionales, porcentajes asignados al pago de seguros previsionales, gastos administrativos y cualquier otro valor producto de los ahorros del demandante en el fondo privado. Que en caso de existir mora patronal, la entidad no es responsable de la misma y no debe reconocer semanas con dicho reporte ya se causó cuando se encontraba en otro fondo de pensiones, por tanto no tiene la responsabilidad de efectuar el cobro al empleador moroso, no debe reconocer los beneficios del régimen de transición al actor y, que no debe ser condenada en costas porque siempre ha actuado bajo el principio de buena fe.

Al no vislumbrarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. La controversia gira en torno a determinar si procede declarar la ineficacia del traslado de DAVID ANTONIO MORALES GRAU del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado, en este caso por COLFONDOS S.A.

2. Tal como se desprende de la historia laboral actualizada al 31 de julio de 2020, se tiene que el actor se afilió al ISS el 16 de marzo de 1992, y cotizó hasta el 29 de febrero de 2000[3]. Así mismo, reporta en el sistema de bonos pensionales el tiempo servido a la Gobernación del Magdalena desde el 01 de julio de 1980 al 1 de febrero de 1991. El 22 de febrero de 2000 solicitó el traslado de régimen a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1° de abril de 2000, posteriormente, el 04 de enero de 2001 suscribió formulario de traslado de AFP a COLFONDOS S.A según los formularios de traslado de régimen pensional y de AFP, y el reporte de Asofondos[4]. De la copia de la cedula de ciudadanía, se tiene que nació el 14 de octubre de 1953, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 40 años 5 meses y 16 días de edad (folio 22). Tal como se desprende del comunicado N° BZ2020_521437-0100644 COLPENSIONES le informó al demandante que no procedía dar trámite a la solicitud de nulidad de traslado, por cuanto éste se dio de

[3] 03contestacióncolpensiones

[4] 06contestacioncolfondos

manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen (folio 44 a 45).

3. El juez de primera instancia declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

4. El Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 está compuesto por dos regímenes: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM y Régimen el de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS.

Dentro de las características del Sistema General de Pensiones a que se refiere el artículo 13, están la selección de uno de los regímenes previstos por esta ley y la libertad de escoger y trasladarse de régimen, pero una vez efectuada la selección inicial podrá trasladarse de régimen cada 3 años. Disposición que modificó el artículo 2 de la Ley 797, que el traslado de régimen solo podrá hacerse cada 5 años contados a partir de la selección inicial. Después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

4.1 Y con fundamento en esta norma es que COLPENSIONES, considera que al demandante no le asiste el derecho al traslado que solicita al RPM que administra COLPENSIONES, por cuanto no hizo

uso de la posibilidad de trasladarse de régimen dentro del tiempo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, ni de retractarse.

4.2 La libertad de escoger y trasladarse de régimen, como lo predica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es uno de los requisitos que debe observarse para que el traslado tenga validez.

5. Como lo expuso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1421 de 2019.

> "El acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea"
>
> «Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar 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, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero".

Respecto de la falta de información atribuida al fondo privado de pensiones, ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar

asesoría y buen consejo, comporta el análisis previo y calificado de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales.

5.1. En lo relativo al deber de información que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones con los afiliados al Sistema, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 31989, citada en sentencias 17595 de 2017, 4989 de 2018, precisó:

> "Las administradoras de pensiones tienen 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 materias de alta complejidad.
>
> En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; *de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada…"*

Las sentencias citadas, permiten evidenciar que en el caso a estudio es notable el vicio del consentimiento por falta de información; como se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1236 de septiembre 3 de 2014:

> "Si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado puede tener frente a sus derechos prestacionales, no puede argüirse que existe manifestación libre y voluntaria, y por tanto es ineficaz. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los efectos del traslado indica que la decisión no estuvo precedida de información suficiente, y menos de real consentimiento, la información suficiente comprende no solo los beneficios del régimen al que se pretende el traslado, sino el proyecto del monto de la pensión en cada régimen"

5.2 Y la misma Corporación en Sentencia SL2611 – 2020 RAD- 67972, expuso:

> (…) Por demás, las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además, el

> Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».
>
> (…) De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existe ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
>
> En ese orden, el Tribunal en su decisión incurrió en los yerros que se le endilgan, al considerar que no se acreditó el engaño por parte de la actora, lo cual obedeció a la equivocada valoración de la pieza procesal de la demanda, cuando es evidente que la información, en este caso, del traslado de régimen, resulta ser de transparencia máxima, lo cual no puede ser ignorado por los jueces de instancia, dada la trascendencia del derecho pensional que está de por medio, siendo precisamente la ausencia de esa asesoría de lo que se queja la promotora.

6 El apoderado de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. primer y actual fondo en el que se encuentra afiliado el demandante, en virtud de la escritura pública N° 885 del 28 de agosto del 2020 que le otorga la facultad para absolver interrogatorio de parte, manifestó que conforme le fue informado por el fondo, al demandante le fue brindada toda la información requerida de acuerdo a las normas vigentes para el año 2000 razón por la que el traslado es válido. Señala, que la inconsistencia en la fecha de nacimiento del demandante consignado en el formulario de traslado, pudo haber sido un error del asesor al momento de diligenciar el formulario con la información que suministraba el afiliado. Que, para la fecha del traslado, el demandante ya contaba con 920 semanas cotizadas en el RPM. Que conforme las normas vigentes en el año 2000, la

información dada al actor fue de manera verbal, el único documento con el que cuentan es el formulario de traslado.

6.1 El demandante DAVID MORALES GRAU al rendir interrogatorio manifestó que le ofrecieron rendimientos superiores, que podía retirarse cuando lo quisiera, que le devolvían la plata que tenía ahorrada, la pensión sería superior a la del RPM, que Colpensiones se acabaría y no le responderían por la pensión, que se podía pensionar antes, en menos tiempo. Que firmó el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin presión. Que no conocía sobre el derecho al retracto. No le indicaron las desventajas de trasladarse de régimen. No le dijeron que podía hacer aportes voluntarios para incrementar la pensión; no le informaron que podía perder la transición con el cambio de régimen.

6.2 Lo anterior permite colegir, que no está demostrado en el proceso, que COLFONDOS S.A. fondo involucrado en el traslado de régimen pensional, cumplió con el deber que le asiste de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Como se expuso, el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre, por lo que se generó una mala información y ello devino en un traslado cuya ineficacia hoy se reclama.

7 Al pretenderse la ineficacia del traslado invocando vicios del consentimiento por inadecuada información, se considera que

efectivamente al producirse el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el consentimiento de la demandante estaba viciado; como quiera que según ésta lo manifiesta, los asesores del fondo COLFONDOS S.A. se concretaron en resaltar las ventajas del cambio para dicho régimen, como que podía jubilarse antes de tiempo, tener una mesada más alta, y en señalar desventajas del RPM, como que el ISS desaparecería, circunstancias que conllevaron a que tomara la determinación de trasladarse de régimen pensional. Y si además se tiene en cuenta que el demandante para la época del traslado de régimen pensional estaba a expensas de causar el derecho a la pensión, resulta aún más evidente, que no se le suministró la información que correspondía de acuerdo a su situación específica.

No reposa prueba en el proceso que permita determinar que el fondo de pensiones COLFONDOS S.A. al momento del traslado de régimen le brindó al afiliado la información en los términos de ley, pues para el efecto solo aportó, formulario de solicitud de traslado, formato de traslado desde COLFONDOS SA.; certificación de afiliación; relación histórica de movimientos del actor; historia consolidada; circular de la Superintendencia Financiera de Colombia.

7.1 La carga de la prueba de demostrar que al demandante se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los Fondos de Pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la

obligación y la documentación soporte de traslado que debe conservarse en los archivos del Fondo.

7.2 En consecuencia, todas las actuaciones por parte del actor con ocasión del traslado de régimen así como los subsiguientes traslados de fondo se encuentran viciadas, lo que genera la ineficacia del traslado.

8. En lo que hace relación a los efectos del traslado entre fondos para concluir la falta de información.

La Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1688-2019, del 8 de mayo del 2019, considero:

> Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:
>
> En primer término, porque…
> En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. (…) En conclusión, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición.

9. En cuanto a lo expuesto por COLPENSIONES que el demandante se encuentra incurso en la prohibición que consagra la Ley 797 de 2003, al no haber solicitado el traslado de régimen antes de los 10

años de adquirir la edad de pensión; basta con precisar que la ineficacia de traslado pretendida, está cimentada en la falta de suministro de información por parte de la AFP, lo cual constituye un menoscabo a los derechos del trabajador para afiliarse y seleccionar la entidad a la que quiera pertenecer, pues con esa omisión se imposibilita al potencial afiliado para que obre con una real convicción para hacer su selección.

10. Respecto al reproche de PORVENIR S.A. relativo a que los bonos pensionales ya se redimieron, por tanto no podía mantenerse la orden impuesta en primera instancia, que no se debió ordenar la devolución de los gastos de administración ni sumas adicionales porque ello constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del afiliado y, el argumento de COLPENSIONES que debe ordenarse el reintegro de la totalidad de cotizaciones, como recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos además bonos pensionales, porcentajes asignados al pago de seguros previsionales, gastos administrativos y cualquier otro valor producto de los ahorros del demandante en el fondo privado; se ha de indicar que las consecuencias de declarar la ineficacia del traslado de régimen, es la de devolver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y se plasmó en la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019, en la que rememoró las

"Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado" en los siguientes términos:

> (…) en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos 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).

De tal suerte que, PORVENIR S.A. fondo actual, debe devolver las cotizaciones, los bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con sus intereses, así como los rendimientos y gastos de administración como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; con lo cual se garantiza la financiación de futuras prestaciones económicas, tal como lo dispuso el quo. Por consiguiente, no se accede a lo alegado por PORVENIR S.A. En virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se modificará el punto tercero, para adicionarlo, y ordenar a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración que hubiere tomado durante el tiempo de permanencia del señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU, en este fondo.

11. Frente a lo alegado por PORVENIR S.A. respecto a que para el momento de la afiliación del demandante suministró la información de manera verbal, como estaba vigente para ese momento, que no debían dar doble asesoría no tiene asidero, en razón a que, si las administradoras de pensiones desde su creación tienen a cargo en los

términos del numeral 1.° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, artículo 4 del Decreto 656 de 1994, y art. 12 del Decreto 720 de 1994 prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad, prestar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen y suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado, lo mínimo, es que conserven en sus archivos material que acredite que en desarrollo de sus actividades cumplieron sus deberes, lo cual para en el presente asunto no acontece. Por consiguiente, no es de recibo lo invocado por PORVENIR S.A.

12 Ahora, el argumento de COLFONDOS S.A. relativo a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, se precisa que el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción señaló, que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados en la sentencias SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. Además de lo anterior, del material probatorio es fácil advertir, contrario a lo argüido por la recurrente, que el demandante sí era beneficiario del régimen de transición cuando se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto nació en 1953 y cotizaba desde 1980.

13. En cuanto a la sostenibilidad del sistema, no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el Sistema de Seguridad Social, serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

14. En lo que hace relación al argumento de COLPENSIONES relativo a que no puede verse afectado por la mora en el pago de aportes, se precisa que, si bien con la declaratoria de ineficacia de traslado las cosas retornan a su estado anterior, lo cierto es que las situaciones acaecidas mientras que el afiliado estuvo en el otro fondo no pueden afectar a esta entidad, sin embargo, desde el mismo momento en que la AFP demandada traslade los aportes y demás emolumentos ordenados al RPM, inicia para COLPENSIONES el deber de adelantar las gestiones derivadas de su administración.

15. Ahora, si bien en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que era profesional de economía, lo cual estima COLPENSIONES imponía al actor la obligación de instruirse mejor sobre el tema del traslado, lo cierto es que ello no es admisible, por cuanto sería trasladar en cabeza del afiliado que ha contado con la posibilidad de cursar estudios superiores, la responsabilidad que por ley se asignó a los fondos pensionales.

16 Respecto al reproche de PORVENIR S.A. referente a la no condena en costas, se precisa que el artículo 365 del Código General del Proceso señala que “se condenará en costas a la parte vencida en

el proceso…". Y en este caso la AFP PORVENIR S.A. resultó vencida. Por consiguiente, se confirmará esta condena.

En virtud de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, SALA TERCERA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR para ADICIONAR el punto TERCERO de la sentencia del 10 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual quedará así:

> TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a pagar a favor del demandante la diferencia que pudiere llegar a darse entre los aportes realizados al R. A. I. S, y los que deben acreditarse en el Régimen de Prima Media, a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, por lo dicho en precedencia en esta decisión. ORDENAR a COLFONDOS S.A., REINTEGRAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, los gastos de administración que hubiere tomado durante el tiempo de permanencia del señor DAVID ANTONIO MORALES GRAU, en este fondo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. Se fijan agencias en derecho en la suma de un (1) SMMLV a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ DARY RIVERA GOYENECHE

ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO
IMPEDIDA

ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO

DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA LABORAL

Radicado: 47-001-31-05-002-2020-00050-01
Demandante: DAVID ANTONIO MORALES GRAU
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A

Veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El artículo 140 del Código General del Proceso establece que los magistrados, jueces, conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta; seguidamente el artículo 141, en su numeral 14, establece como causal de recusación lo siguiente; *"Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar"*; normas que son aplicables en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el proceso referenciado, al momento de estudiar el recurso de apelación, y revisar el expediente digital enviado al correo institucional, se observa que la controversia jurídica que se ventila en el proceso de la referencia resulta de interés para la suscrita, esto es, la declaratoria de nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por Colpensiones – R.P.M., hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad R.A.I.S.; puesto que el proceso que

inicie en contra de las aquí demandadas, Colpensiones y Porvenir S.A., versa sobre lo mismo.

En consecuencia, la suscrita se declara impedida para conocer del presente proceso.

ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO RAD. No. 47-001-31-05-002-**2019-00050**-01 (R.I.960) PROMOVIDO POR DAVID ANTONIO MORALES GRAU CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

AUTO

Santa Marta D.T.C.H., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

En el caso de autos, la H. Magistrada Doctora Isis Emilia Ballesteros Cantillo, manifiesta encontrarse impedida para conocer del asunto de la referencia, por configurarse la causal consagrada en el numeral 14° del artículo 141 del Código General del Proceso.

En consecuencia, al verificarse la causal de recusación consagrada en la norma procesal memorada, se procederá a declarar fundado el impedimento formulado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: Aceptar el impedimento manifestado por la H. Magistrada Doctora Isis Emilia Ballesteros Cantillo, por las razones expuestas.

CÚMPLASE

LUZ DARY RIVERA GOYENECHE
Magistrada