

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), dieciséis (16) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

ACTA No. 05 DE 2021

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA ESTHER SUÁREZ CABRERA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES
Y CESANTÍAS RAD: 41001-31-05-002-2018-00290-02**

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escrita, a proferir la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en la que se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenó la devolución de los dineros recaudados con los rendimientos financieros. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante, previa declaración de la ineficacia o nulidad del traslado que realizó de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a Colfondos

S.A. el 20 de febrero de 2000; se condene a la actual administradora del régimen de ahorro individual a devolver el valor del ahorro recaudado junto con los rendimientos financieros al régimen de prima media. Así mismo, solicitó las costas del proceso y los derechos que se reconozcan en aplicación de las facultades *ultra* y *extra petita*.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que nació el 21 de noviembre de 1961; que comenzó su vida laboral en el año 1980, y se afilió al Instituto de los Seguros Sociales; que el 23 de febrero de 2000, suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A.

Señaló, que el personal de Colfondos no le brindó información completa y comprensible respecto de las implicaciones del traslado de régimen pensional, lo que impide calificar como voluntaria tal actuación.

Aseveró, que el 05 de marzo de 2018, Colfondos le informó que para la fecha sus semanas cotizadas para pensión eran 1614.86, con un IBC para el año 2017 de \$4.997.422 mensuales, sin embargo el capital disponible en su cuenta de ahorro individual no le permitía acceder a una pensión de vejez acorde con su salario, pero podría acceder al beneficio de la pensión mínima conforme al artículo 65 de la ley 100 de 1993, a pesar de que su sueldo para la época era superior a 7 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Agregó, que mediante peticiones del 14, 21 de marzo de 2018, solicitó a Colfondos y Colpensiones la nulidad o ineficacia de la afiliación, no obstante, las entidades no accedieron a la petición elevada.

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva (fl. 58) y corrido el traslado de rigor, las demandadas dieron respuesta a la demanda así:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena, sostuvo que no se reúnen los requisitos legales para autorizar la devolución de la actora al régimen de prima media con prestación definida, porque el formulario de afiliación es indicativo de la conformidad y validez de la información

que recibió al momento de trasladarse de régimen, además la ley al ser de orden público se presume conocida y en el plenario no se acredita los términos en que se rindió la asesoría por parte del fondo privado. Propuso como excepciones de mérito las que nominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, no hay lugar a indexación. (fls. 127 a 135).

A su turno, Colfondos S.A., enfrentó las pretensiones bajo el argumento que la demandante al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación al RAIS, ratificó su traslado de régimen, ya que el fondo inicial con el que tuvo vínculo dentro del régimen en mención fue Horizonte (hoy Porvenir S.A.).

Por otro lado indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición que señala el literal e). del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, según la cual *"el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, a su vez señala que para poder retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la actora deberá cumplir con los requisitos regulados en las sentencias SU 062-2003, SU 130-2013, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º. de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls. 149-167)

Por su parte, Porvenir S.A., conforme a su vinculación como litisconsorte necesario, adujo que no le era posible pronunciarse respecto a las pretensiones en el entendido que el traslado objeto de reproche se suscitó con entidad diferente a Porvenir, lo que genera su falta de legitimación en la causa para intervenir en el presente litigio. Propuso las excepciones denominadas, falta de legitimación por pasiva, buena fe y la genérica (fls. 209-212).

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 14 de noviembre de 2019 (fls 278-279), declaró la ineficacia de la afiliación, ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro

individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros, y condenó en costas a las convocadas.

Para arribar a tal determinación, indicó en esencia, que las accionadas no desvirtuaron la negación indefinida realizada en la demanda, según la cual, a la demandante no se le brindó información detallada, amplia y veraz en relación con las consecuencias que el traslado de régimen le acarrearía de cara a la materialización del derecho pensional, y recalcó, que no se puede entender que la simple suscripción de los formatos de afiliación den lugar al cumplimiento de las obligaciones legales que tenía la administradora privada para que fuera eficaz el derecho pensional que se reclama.

Señala, que aunque entre los años 2003 a 2004 a través del Decreto 3800 de 2003 se concedió a las personas la posibilidad de trasladarse en dicho periodo y retornar al RPM, la actora no recibió la visita de un Asesor para que le informara dicha situación, y las AFP demandadas, conforme a la prueba que aportó Colfondos en su escrito de contestación, prefieren difundir a través de medios de comunicación dicha novedad, lo que denota que estos fondos sólo tienen contacto con sus afiliados para la suscripción del formulario de afiliación, es allí cuando visitan a sus potenciales afiliados, mas no para comunicarles aspectos de relevancia en su futuro pensional, pues es el propio afiliado quien se debe acercar a las AFP a recibir información sobre su pensión y las proyecciones de su mesada pensional.

Por lo tanto, concluyó el *a quo* que se configuró vicio en el consentimiento de la actora que origina la declaratoria de nulidad de la afiliación. En cuanto a la prescripción, adujo que la discusión sobre la afiliación al régimen al estar íntimamente ligada al derecho irrenunciable de la pensión, es imprescriptible.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos.

Solicitan los recurrentes, se revoque la sentencia impugnada en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación y ordenó la devolución de los aportes del RAIS al régimen de prima media con prestación definida.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A

El apoderado de Colfondos S.A. y Porvenir S.A, alega que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición señalada en el literal e). del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, según la cual *"el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, afirma que para poder retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la actora deberá cumplir con los requisitos regulados en las sentencias SU 062-2003, SU 130-2013, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º. de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones.

Además, respecto a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración debidamente indexadas, considera que es desproporcional la condena, pues Colpensiones, recibiría como beneficio unos rendimientos frente a los cuales no realizó ningún tipo de gestión, lo sensato sería que las cuotas de administración permanecieran bajo el dominio del fondo privado, finalmente refiere que el término previsto en artículo 1750 del Código Civil ya feneció, razón por la que en el caso concreto no puede la accionante pretender la rescisión del acto jurídico de traslado de régimen pensional.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLPENSIONES

Por su parte, Colpensiones sostiene que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición razón por lo que no sufrió afectación ni perjuicio al darse la imposibilidad de aplicar una norma distinta a la Ley 100 de 1993, con sus respectivas reformas, por lo que no resulta procedente ordenar un nuevo traslado de régimen en atención a la prohibición que para el efecto impuso la Ley 797 de 2003.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE INSTANCIA

Los alegatos de conclusión presentados ante esta Corporación coinciden con los puntos de apelación presentados en primer grado, y frente a quien se surte la consulta y réplica se refieren a los temas a tratar en esta providencia.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia plantea para lo cual,

SE CONSIDERA

El conflicto jurídico que dio origen al presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y de ser así, establecer si hay lugar a declarar la prescripción.

Con tal propósito, interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que el 23 de febrero de 2000, la demandante suscribió el formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS-administrado por Colfondos S.A., en el que se dejó constancia de la novedad de traslado del sistema de prima media con prestación definida que estaba en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al privado; (ii) que el dinero que se encontraba a cargo del fondo público fue remitido a la nueva administradora; (iii) que el 14 y 21 de marzo de 2018, la actora solicitó ante las demandadas la nulidad o ineficacia del traslado. Los anteriores aspectos en todo caso se pueden establecer de la documental visible a folios 32 a 49, 136 a 149 del

expediente, como también en el archivo que reposa en medio magnético tipo CD allegado por las accionadas.

Bajo tales supuestos, importa a la Sala destacar que uno de los pilares sobre los cuales se erigió el sistema de seguridad social en pensiones es el derecho del afiliado a la libre elección tanto de régimen, como de administradora, de esta forma lo dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

Sin embargo, tal facultad no es absoluta, pues desde un principio en el literal e) de la misma disposición se estableció que en tratándose del traslado de régimen, el mismo podía realizarse cada tres años; y posteriormente, con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, se limitó aún más al indicar que podría realizarse una vez cada cinco años siempre que al afiliado no le faltan menos de 10 años de edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Consciente el Legislador de las implicaciones de la limitación introducida por la Ley 797 de 2003, ofreció a los afiliados que les faltare menos de 10 años para pensionarse, la posibilidad de trasladarse de régimen dentro del año siguiente a la promulgación de la ley, aspecto que fue regulado por el Decreto 3800 de 2003, el que ante el carácter excluyente de uno y otro régimen dispuso, que en aquellos eventos en que un afiliado se encontrara vinculado tanto al régimen de prima media con prestación definida, como al régimen de ahorro individual con solidaridad podría seleccionar en qué régimen deseaba continuar y de no hacerlo, se tendría en cuenta aquél al cual se encontraba efectuando cotizaciones para el 28 de febrero de 2004.

En cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, la CSJ SCL en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, Magistrado Ponente doctor Gerardo Botero Zuluaga, apoyada en el precedente fijado en sentencia SL 12136 de 2014, decantó que *“existirá 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*¹.

Así mismo, en la referida providencia, la Corporación puntualizó, que *“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima y la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo para proporcionar la información suficiente*”².

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que obra copia de la solicitud de afiliación y traslado del 23 de febrero de 2000 ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (fl. 44, 136), suscrita por Nubia Esther Suárez Cabrera, documento del que no se evidencia, que a la actora se le haya ofrecido información alguna respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de una expresión genérica de voluntariedad precedida de la firma del petente, que tal como lo enseña la CSJ SCL³, no da cuenta del cumplimiento del deber de información y protección del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado, en todo y cuanto concernía con los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en su derecho pensional.

En consonancia con lo anterior, es imperante enfatizar, que en aquellas controversias como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, dada la responsabilidad que se le endilga a la Administradora del Fondo Privado, esta entidad dentro de su órbita, tiene el deber de demostrar que suministró al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, carga que de forma legítima se le impone a la demandada, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad tiene un mayor conocimiento profesional y técnico en materia

¹ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *“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”*.

² SL19447-2017.

³ SL12136-2014.

pensional frente al afiliado, a quien concretamente, no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el fondo pensional para convencerlo de su traslado.

Así las cosas, y conforme en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación de la demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera consiente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace ineficaz el traslado de régimen, razón por lo que la Sala prohíja la conclusión a la que llegó la juez de primer grado.

Importa precisar, que pese a que el apoderado de Colpensiones refiere que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que en razón a esa circunstancia no es viable acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado, a juicio de la Sala tal situación no tiene ninguna injerencia de cara a la declaratoria de ineficacia del traslado, toda vez que el mismo deviene del quebrantamiento del derecho al consentimiento informado el que no se predica únicamente de aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993, sino en general, de todo aquél que se halle vinculado al RAIS y pretenda trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

Aunado a ello, tampoco puede pasar desapercibido el hecho que, de acuerdo a la doctrina sentada por la máxima Corporación de la justicia laboral, no establece alguna clase de supuesto diferente para acceder a la nulidad del traslado del régimen diferente a la falta de información.

Por otro lado, respecto a la devolución de los rendimientos y gastos de administración, la CSJ SCL en sentencia SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, citó la sentencia SL17595-2017, que rememoró la sentencia No. 31989 del 8 de septiembre 2008, así:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

" La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Luego, no le asiste la razón al apoderado de las AFP demandadas., al pretender que se le exima de la devolución de los rendimientos y gastos de administración, porque el reembolso a su cargo comprende todos los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante percibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del C.C. sin deducciones de ningún tipo como gastos de administración, comisiones, seguros, entre otros, esto es, como si el demandante nunca se hubiese trasladado, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, porque este es el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen declarado en la sentencia que se revisa, lo que garantiza a Colpensiones que el reintegro corresponda a las mismas sumas que se recibirían si la afiliada hubiera seguido cotizando en el régimen de prima media (RPM) y contribuye a la sostenibilidad financiera del sistema, en consecuencia, la sentencia en este aspecto se confirmará.

PRESCRIPCIÓN

El apoderado de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. solicita que se declare la prescripción de la acción, fundamenta su petición, con base en lo reglado en el artículo 1750 del Código Civil.

Para la Sala es claro que en casos como el que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, "los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de

conformidad con el presente Código". Por ende, ha de concluirse, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas "Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras..." conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, debe indicarse, que a pesar de que se pretenda la nulidad del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con el tema de la seguridad social por lo que, el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, dado que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión pues influye en esta de manera directa, adicionalmente el artículo 53 constitucional, establece que los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales son irrenunciables, como lo sería para el caso concreto el monto de la pensión de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU 298 de 2015, y por cuanto la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, y por consiguiente respecto de la misma no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expuso *"la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".*

Los razonamientos expuestos imponen en consecuencia, la confirmación de la providencia impugnada y de esta forma se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia contra Colpensiones en consideración a que el presente asunto fue conocido en el grado jurisdiccional de consulta. A su turno, se condenará en costas a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A ante la improsperidad de la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, el 14 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

TERCERO.- Sin costas en contra de Colpensiones, en razón de lo motivado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada


ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada


EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado