

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL Expediente N° 23 001 31 05 005 2021-00188 01 Folio 04-22 DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintinueve (29) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, contra la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por la señora **CEMILZA MARIA YANEZ ROMERO**, contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

I.I. PRETENSIONES

Pretende la actora que se declare la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por Protección S.A., efectuado el 05 de marzo del año 2006; en consecuencia, declarar que ha tenido como única afiliación válida y eficaz la realizada al régimen de prima media con prestación definida, y por lo tanto, condenar a Protección S.A., a trasladar los ahorros que tiene la demandante en su cuenta de ahorros individual más sus rendimientos financieros; asimismo, ordenar a Colpensiones que la habilite dentro del RPM y que reciba los aportes en pensión cotizados al RAIS más los rendimientos financieros, condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, y finalmente, condenar extra y ultra petita.

I.II HECHOS

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

1. Natali Johana Montalvo Barrera, actuando como apoderada judicial de la demandante, indica que la señora Cemilza María Yáñez Romero, nació el día 11 de agosto del año 1963, por tanto, cuenta con 58 años de edad.
2. Expresa que la demandante, la señora Yáñez Romero, cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensión, desde el mes de enero del año 1992 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado anteriormente por el I.S.S., hoy, Colpensiones.
3. Indica que el día cinco (05) de marzo del año 2006, la actora fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), afiliándose a la administradora de pensiones Protección S.A.
4. Afirma que al momento de consolidar el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado por Protección S.A., dicha entidad no le suministró a la actora la información documentada de forma detallada, clara y concisa acerca de las consecuencias negativas o dañosas de dejar el régimen de prima media con prestación definida y hacer efectivo su traslado al RAIS, desconociendo así lo reglado por el artículo 60 de la Ley 100 de 1993.
5. Señala que al momento de la afiliación la administradora de pensiones Protección S.A., indujo en error a la demandante, toda vez que la información suministrada no fue comprensible, completa, ni precisa en cuanto a los pro y contra del cambio de régimen pensional, como tampoco le informó documentalmente sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para acceder a su derecho pensional.
6. Asimismo, alega que Protección S.A., no le suministró la información documentada sobre la proyección de la primera mesada pensional por vejez que recibiría la demandante con el I.S.S., hoy Colpensiones, y la que recibiría con Protección S.A.
7. El 1 de julio de 2021, la actora elevó derecho de petición ante Protección S.A., con el fin de que le suministraran toda la información actual de su situación pensional y de cuando esta se podría pensionar; de igual forma, señala que solicitó el traslado al RPM administrado por Colpensiones. Indica que, en efecto, Protección S.A., le brindó los detalles solicitados en respuesta a la petición incoada, detalles que, no conocía, igualmente, le negó el traslado solicitado.
8. En la fecha citada previamente, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colpensiones, y esta rechazó la petición.

I.III CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I.III.I COLPENSIONES

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones expuestas por la parte actora, manifestó oponerse a todas y cada una de ellas por carecer estas de argumentos fácticos y jurídicos que les permitan ser procedentes, teniendo en cuenta que el acto de traslado efectuado por la demandante fue válido y eficaz, siendo la misma totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado; además de que no tuvo injerencia en el proceso de traslado efectuado por la señora Yáñez Romero, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente, en su defensa formuló las siguientes excepciones de fondo *"Inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez"*, *"desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones"*, *"inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen"*, *"excepción de prescripción"*, *"excepción de buena fe"*, y por último la titulada excepción *"innominada o genérica"*.

I.III.II PROTECCIÓN S.A.

En lo que respecta a las pretensiones esbozadas por la parte actora, la entidad demandada manifestó oponerse a cada una de ellas, toda vez que cumplió con todas sus obligaciones como Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), y el cambio de régimen fue realizado con pleno respeto por la normatividad y jurisprudencia vigente para ese momento. Afirma, que se le brindó a la afiliada toda la información necesaria para tal acto y que los aportes fueron debidamente trasladados al momento del cambio de AFP, además, señala que el derecho a tal declaratoria se encuentra prescrito a partir del 5 de marzo del año 2009.

En su defensa formuló las excepciones de *"ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen"*, *"prescripción"*, *"buena fe"*, *"devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia"*, y finalmente la *"innominada o genérica"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas. Por consiguiente, declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por

Colpensiones hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a Protección S.A., con fecha de 05 de marzo de 2006.

Aunado a lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver y/o trasladar y reintegrar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora, la señora **CEMILZA MARIA YANEZ ROMERO**, devolverlos, reintegrarlos y trasladarlos a la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*, tales como: cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos financieros que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. De igual forma, recordó que debe devolver la conformación de la historia laboral de la señora Yánez Romero a Colpensiones.

En cuanto a COLPENSIONES, le ordenó tener a la señora **CEMILZA MARIA YANEZ ROMERO** como su afiliada sin poner traba alguna, la cual deberá darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de PROTECCIÓN S.A., para que estos hagan parte de su historia laboral a fin de que cuando se configure un derecho pueda ser reclamada dicha prestación ante *COLPENSIONES*; así mismo, autorizó a *COLPENSIONES* para reclamar vía judicial y administrativa la orden que el despacho impartió en contra de *COLPENSIONES*, y finalmente, condenó en costas a las entidades demandadas.

En síntesis, el señor Juez de primera instancia reiteró lo establecido por la Ley 100 de 1993 y lo señalado por la jurisprudencia en cuanto al deber de información, la cual ha precisado que al momento de realizarse un traslado de régimen pensional, debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa y detallada de los beneficios, desventajas y características de cada régimen. De igual forma, indicó que en el caso bajo estudio no le fue brindada a la señora Yánez Romero la información clara y precisa por parte del asesor de ING en su momento sobre las condiciones, características y las consecuencias positivas y negativas de trasladarse de un fondo a otro; expone que Protección S.A., no cumplió con la carga de la prueba, es decir, no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de Protección S.A, interpone recurso de apelación contra la decisión dictada por el despacho judicial, solicitando que se revoque la sentencia en el sentido de que no se le ordene a su defendida *Protección S.A.*, devolver los emolumentos, esto es, gastos de administración, descuentos efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, seguro a Fogafín y los destinados a la prima de seguros de

invalidez y sobrevivencia, toda vez que estos son descuentos del orden estrictamente legal, por lo que trae a colación el artículo séptimo de la Ley 797 de 2003 manifestando que es una imposición, es decir, una obligación de la AFP descontarlos, por lo que ahora no se puede pretender que se devuelvan, entre otras cosas, porque los gastos de administración son propios para el sostenimiento y desarrollo del objeto social de la entidad, y los demás emolumentos, son dineros que ya fueron causados a unas cuentas de carácter público y a unos terceros privados, como lo son las aseguradoras.

En ese sentido, solicita al sensor de segunda instancia que al momento de analizar el recurso interpuesto, si en sus consideraciones persiste confirmar la sentencia, que se decrete probada la excepción denominada *"Devolución de frutos y obligaciones reciprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia"*.

III.II. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, considerando que el traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) gozó de plena validez siendo la afiliada consiente del acto y de las consecuencias jurídicas derivadas de este. Indica que en los términos del artículo 13 de la ley 100 del año 1993, solo la voluntad determina cual es el régimen en el que desea pertenecer el usuario, manifestando que como es notorio en el presente caso, el consentimiento de la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, siendo de ese modo un consentimiento informado, el cual solo se podría desvirtuar si existiera un vicio, aspecto que señala no se evidenció, pues se echó de menos prueba alguna que pudiera soportar la existencia de algún vicio que afectará el consentimiento de la actora.

Así las cosas, ratifica lo esbozado señalando que la demandante contaba con el derecho de retracto previsto en el artículo tercero del Decreto 1161 de 1994, y no lo ejerció, en vista de que ha permanecido afiliada todo este tiempo al fondo privado de su elección, así como lo es también el hecho de no haber mostrado inconformidad con las condiciones que le fueron ofrecidas en el mismo con anterioridad al presente litigio, y por ende haberse abstenido de solicitar, si así lo consideraba, su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En igual sentido, precisa que por disposición de la ley y de la jurisprudencia constitucional, ya no le es posible a la actora cambiarse de régimen, pues la norma es clara en señalar que el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad con miras adquirir su derecho pensional, circunstancia en la que se encuentra inmersa la demandante conforme a los documentales obrantes en el presente asunto.

A su vez, expone que la Corte Constitucional ha manifestado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera

obligatoria por los otros afiliados al RPM, puesto que el período de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando así la intangibilidad y sostenibilidad del sistema. Por otra parte, en lo que respecta a la condena en costas solicita que se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que su defendida fue ajena al acto de traslado objeto de controversia.

En tal sentido, formula el recurso de apelación en aras de que se revoque la sentencia de primera instancia en todos los puntos que resultaron desfavorables para Colpensiones.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal, reiterando lo expuesto en el recurso de alzada, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que la afiliación efectuada por la demandante fue un acto libre, autónomo y voluntario, y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en el intervinieron, de modo que Colpensiones fue ajena a tal circunstancia toda vez que no asesoró o brindó información para que la actora accediera al cambio de régimen pensional. Asimismo, indica que la demandada Colpensiones, es un tercero ajeno que no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado de AFP.

Las demás partes guardaron silencio en esta instancia.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Presupuestos procesales

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción.

V.III. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...”; información que “...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...”. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “pro” y también los “contra” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

“...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.”

"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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña..." (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación N° 85802, con ponencia del Magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido 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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el *sub examine*, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Protección S.A., no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el

derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Protección S.A., administradora a la que se afilió la actora, circunstancia que permita inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la demandante al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

De otro lado, aduce la apoderada judicial de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló;

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Protección S.A., haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el apoderado judicial de Protección S.A., que no se debe condenar a la devolución de los emolumentos, tales como: gastos de administración, descuentos efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, seguro a Fogafín y los destinados a la prima de seguros de

invalidez y sobrevivencia, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

*En efecto, en la última providencia se señaló:
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 a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, 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.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, otra es, la devolución de rendimientos financieros y todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el apoderado judicial de Protección S.A.

V.IV No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, manifestó que en sentencia SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125, proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó;

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió

el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-005-2020-00024-01 Folio 61-22

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintinueve (29) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., contra la sentencia de fecha diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JULIO CESAR ANGULO SALOM** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. PRETENSIONES

Pretende el actor que se declare la nulidad del traslado efectuado del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES a la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A., sustituida posteriormente por PORVENIR S.A., ordenar a COLPENSIONES, que lo reciba en condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, en el mismo sentido a PORVENIR S.A., autorice dicho traslado, transfiriendo los aportes y

rendimientos financieros recibidos con destino a COLPENSIONES y condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

I.II HECHOS

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta el demandante que desde el 28 de febrero de 1994 estaba afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES hasta el mes de agosto de 1994, tal y como se registra en su historia laboral.
- Aduce que, con anterioridad a su afiliación al régimen de prima media administrado por el extinto ISS, estuvo afiliado al régimen de prima media del sector público tal y como consta en la historia laboral emitida por protección S.A.
- Alega la demandante que diligenció el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., el día 19 de agosto de 1994.
- Afirma que actualmente se encuentra afiliado al fondo privado PORVENIR S.A.
- Indica el demandante que para el momento del traslado, nunca fue informado de manera suficiente.
- Manifiesta que el 06 de febrero de 2020, solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, solicitud que fue rechazada.

I.III CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.III.I COLPENSIONES

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, prescripción"*.

I.III.II PROTECCIÓN S.A.

La demanda fue contestada por Protección S.A., quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que cumplió con todas sus obligaciones como A.F.P.

En su defensa formuló las excepciones de *"ausencia de vicio de nulidad en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causas, 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, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad, buena fe, innominada o genérica"*.

I.III.III. PORVENIR S.A.

La demanda fue contestada por Porvenir S.A., quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que las afiliaciones realizadas por el demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica."*

I.III.IV. SKANDIA S.A.

Al contestar la demanda manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones *"prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación"*.

I.III.V. LLAMAMIENTO EN GARANTIA MAPFRE SEGUROS.

Al contestar la demanda manifestó oponerse al reconocimiento de las pretensiones formuladas en la demanda y respecto a los hechos que no le constan.

Propuso como excepciones *"plena validez de los contratos de afiliación suscritos por el demandante, traslado de forma voluntaria de regímenes, esta vertido de legalidad y eficacia, cumplimiento del deber de información al demandante"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 10 de febrero de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante del ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A., en fecha 19 de agosto de 1994, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó a PORVENIR S.A., devolver los valores que hubiere recibido y tenga con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, prima de las aseguradoras por seguro provisional de invalidez y muerte, aportes a fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados los concepto de cada uno de estos; condenar a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, prima de las aseguradoras por seguro provisional de invalidez y muerte, aportes a fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados los concepto de cada uno de estos, ordenó a COLPENSIONES a tener al demandante como afiliado, dando validez a los aportes y demás emolumentos que devolverá PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, Y SKANDIA S.A, declaró probada la excepción de ausencia de requisitos legales para llamar en garantías, presentada por MAPFRE S.A., en consecuencia, absolverla de las pretensiones de la demanda y finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada

régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la decisión adoptada, a fin de que se revoque la sentencia en todos los puntos desfavorables a COLPENSIONES en los siguientes términos, indica que en el acto de traslado efectuado por el demandante COLPENSIONES no tuvo ningún tipo de intervención, no promovió y no participó en el mismo, de manera que no debe ser la llamada a soportar consecuencias jurídicas derivadas de ese negocio jurídico. Así las cosas, indica que el traslado efectuado por el actor goza de validez, aunado a ello, no hizo uso de la facultad de retracto.

Indica que el demandante se encontraba a menos de 10 años de adquirir sus derechos pensionales, por lo que, para su representada le era imposible recibirlo como afiliado por mandato expreso de la Ley 100 de 1993, y se está vulnerando la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES.

Finalmente, manifiesta que solicita se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que COLPENSIONES fue ajena al acto de traslado efectuado por el actor.

III.II PORVENIR S.A:

La apoderada judicial de Porvenir S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, a fin de que el Tribunal revoque la decisión, y absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda, toda vez que, la afiliación del actor a la AFP PORVENIR S.A., en el año 1998, no obedece de ningún vicio, teniendo en cuenta que la afiliación al RAIS fue inicialmente con Protección y la asesoría fue brindada por este fondo, no por parte de Porvenir. Aunado a ello, el señor Julio realizó traslados horizontales y nuevamente volvió en el año 2008 a Porvenir ratificando su deseo de seguir en este régimen, en ese sentido, resulta inverosímil que más de 20 años después de haberse trasladado el

actor pretenda un traslado de régimen, por lo que, no existe razón legal para ordenar el traslado deprecado.

Indica que frente a los rendimientos y cuotas de administración, es preciso indicar que respecto a la devolución de cuotas de administración no debe perderse de vista que las administradoras de pensiones y cesantías son entidades especializadas para realizar la administración de los ahorros en pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece, dicho lo anterior la rentabilidad generada se debe a la buena ejecución de administración en cabeza de la AFP, es decir, gracias a la administración la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje y no hubiese sido posible si el afiliado estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida.

De otra lado, manifiesta que la Superintendencia emitió concepto No 20191522169003 de 17 de enero, donde indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, y al ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que autorice tal devolución.

Finalmente, señala que respecto a la condena en costas es claro que, Porvenir cumplió los deberes que se encuentran en cabeza de ella, por disposición normativa y jamás existió omisión de la información como tampoco indebida asesoría, siendo la parte actora una persona legalmente capaz. En ese sentido, solicita que el Tribunal absuelva a su representada.

III.III PROTECCIÓN S.A:

El vocero judicial de protección S.A, presenta recurso de apelación, a fin de que el Honorable Tribunal revoque el punto que tiene que ver con la condena de la devolución de gastos de administración y demás emolumentos de que trata el artículo 7 de la Ley 797/2003, teniendo en cuenta que en el artículo se ordenan los descuentos a la cuota que aporta

el trabajador para efectos de pagar su seguridad en pensión, debe tenerse en cuenta que estos descuentos son ordenados por el legislador, así como prima de seguro, en el evento que la condena no se revoque y se confirme, solicita al Tribunal que de por probada la excepción *"inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar la nulidad o ineficacia"*, esto porque al tener un negocio jurídico de particulares y los frutos que dio protección al afiliado fueron estos gastos de administración y el demandante recibió unos rendimientos financieros que incrementaron su cuenta de ahorro individual, y al declarar la nulidad y/o ineficacia se entiende que el negocio jurídico nunca existió, por lo que, de acuerdo con el artículo 1746 del CC se deben devolver cada uno de los frutos que se dieron, en ese sentido deja sentado el recurso de apelación.

III.IV SKANDIA S.A.

El apoderado judicial de SKANDIA S.A., manifiesta que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, en consecuencia, solicita se revoquen todos los numerales de la parte resolutive de la sentencia por parte de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Montería, en especial que el traslado de régimen quedo probado a través de la ING hoy protección, en primer lugar, respecto a la ineficacia declarada se tiene que protección cumplió las obligaciones respecto a ese período de 1994, en el interrogatorio de partes el demandante manifestó que era voluntario y que recibió una información, claramente se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, es decir, se le explicaron de manera suficientes las implicaciones del traslado.

De otro lado, manifiesta que la intensión del demandante fue permanecer en el RAIS no solo por los múltiples traslados que tuvo y que si hay sentencias en esta materia que hablan de acto de relacionamiento. Adicional a ello, el accionante tuvo múltiples oportunidades para revertir su decisión y pese a ello, decidió afiliarse a múltiples fondos, y no hizo uso del derecho de retracto de la afiliación.

Asimismo, interpone recurso de apelación respecto a las condenas de devolver los gastos de administración, seguros provisionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, no resulta viable se ordene a la AFP devolver estos gastos, teniendo en cuenta que tienen una extensión legal

manifestada en la ley. Por lo que, estos dineros fueron invertidos en manejar correctamente la cuenta de ahorro individual del demandante, y esas sumas no se encuentran en poder de su representada.

Finalmente, recurre la decisión de declarar probadas las excepciones propuestas por la llamada en garantía MAPFRE y absolver a esta sociedad de las pretensiones del llamamiento en garantía, teniendo en cuenta que su representada pagó unas sumas por seguros provisionales a MAPFRE, por lo que, debió ser esta quien devolviera estas sumas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A., hicieron uso de esta etapa procesal indicando que, no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta que este se realizó cumpliendo los requisitos exigidos por la ley, por lo que, solicitan se revoque la sentencia de primera instancia.

De otro lado, el apoderado judicial de la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el acto de traslado efectuado, no se efectuó bajo los parámetros de la libretar informada. Finalmente, el vocero judicial de MAPFRE SEGUROS S.A., solicita que sea confirmada la sentencia, en lo atinente a la absolución de MAPFRE.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Presupuestos procesales

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles

son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...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...";* información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno

conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido 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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Protección S.A, Porvenir S.A y Skandia S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una

información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Protección S.A, Porvenir S.A y Skandia S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

De otro lado, aduce el apoderado de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados

accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Protección S.A, Porvenir S.A y Skandia S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alegan los apoderados judiciales de Porvenir S.A, Protección S.A, y Skandia S.A, que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Finalmente, respecto a lo manifestado por el apoderado judicial de Skandia S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto de 20191522169-003-000 de 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los procesos de nulidad las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, en la cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, indicó:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ

SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

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 a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, 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.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra

H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la

irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

De otro lado, respecto a lo manifestado por el apoderado judicial de SKANDIA S.A., frente a las excepciones propuestas por la llamada en garantía MAPFRE, es pertinente señalar que, la H. Corte Suprema de Justicia, frente a la devolución de los valores utilizados en seguros previsionales, ha sido clara en indicar que: *"(...) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido"*.

Es decir, corresponde a la AFP de sus propios recursos realizar la devolución de los valores de seguros previsionales, sumado a lo anterior, se tiene que, SKANDIA S.A. y MAPFRE SEGUROS, suscriben póliza de seguros a fin de asegurar a los afiliados de fondo privado de los riesgos de invalidez y muerte esto es; muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, y al no estar en presencia de alguna de estas circunstancias no es deber de MAPFRE asumir consecuencias ajenas a lo establecido en la póliza referenciada. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, Porvenir S.A, Skandia S.A, Protección S.A, dado que hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de las demandas, en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia y consultada de origen y fecha reseñada en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas y agencias en derecho a la demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A., como se dispuso en la motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

LOS MAGISTRADOS



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREN STELA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL Expediente 23-001-31-05-004-2021-00195-01 Folio 66-22 DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE
--

Montería, veintinueve (29) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha siete (7) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **VICTORIA E. ROJAS VALENCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y la E.S.E. VIDA SALUD** representada legalmente.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media administrado hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, como consecuencia, se declare para efectos pensionales, la demandante continua afiliada, sin solución de continuidad al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, en el régimen de prima media con prestación definida al que perteneció inicialmente, y se ordene a la ESE VIDA SINÚ, que en adelante se abstenga de depositar los aportes a pensiones de la actora, en el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS y que haga tales depósitos a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que se afilió al sistema general de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
- Aduce que, desde enero de 2003 hasta la fecha, se desempeña en el cargo de odontóloga en la Empresa Social del Estado ESE CAMU EL AMPARO de la ciudad de Montería y durante todo este tiempo nunca solicitó cambio de régimen pensional ni traslado a otro fondo de pensiones.
- Indica, a pesar de lo anterior, en los primeros meses del año 2018 recibió un correo electrónico donde le informaban sobre un tema relacionado con su supuesta vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías – COLFONDOS.
- Expone que al solicitar información respecto al traslado efectuado, COLPENSIONES le informó que efectuó cotizaciones a dicho fondo desde el 15 de junio de 1994 hasta el mes de marzo de 2016 y enunció COLFONDOS, se encuentra activa en esa entidad.
- Dice, si la información suministrada resulta veraz, al momento del traslado de régimen pensional, que ocurrió en marzo de 2016, se configuraría una violación expresa a una prohibición legal, pues para la fecha del traslado, contaba con 52 años de edad, dado que su fecha de nacimiento data de 1964, y según la ley, no podrán trasladarse de régimen pensional los trabajadores a quienes resten diez años o menos para cumplir la edad que da derecho a la pensión de vejez.
- Afirma, realizó petición el 12 de marzo de 2019, vía correo electrónico ante COLFONDOS que al momento de presentación de la demanda, no ha sido contestada.
- Y anota, el traslado arbitrario producido de COLPENSIONES a COLFONDOS, fue una equivocación y arbitrariedad del sistema operativo de información, al no mediar autorización de la afiliada, ni del empleador, configurándose una violación al derecho fundamental a la dignidad humana, salud y seguridad social.

II. Contestación de la demanda.

II.I. COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que el acto o negocio jurídico efectuado, no cuenta con vicio alguno que permita la procedencia de su ineficacia o nulidad.

En su defensa formuló las excepciones de *“inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito*

de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica”.

II.II. COLFONDOS S.A: Indica que no se opone a las pretensiones, y no propuso excepciones.

II.III. VIDA SINÚ:

La demandada contestó, aduciendo que no le constan en su mayoría los hechos propuestos, así mismo aduce respecto a las pretensiones, en las mismas no se vincula a su defendida, aclarando, la entidad dará cumplimiento a lo que se ordene en el presente proceso, toda vez que no les afecta en nada.

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 7 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Colfondos S.A, el 30 de junio de 1999, ordenó a Colpensiones proceda a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenó a Colfondos S.A, de manera inmediata proceda a realizar la devolución de aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del régimen de prima media con prestación definida y condenó a las demandadas en costas y agencias en derecho.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho, habida cuenta que no medió autorización alguna por parte de Colpensiones,

hecho que permite concluir que la entidad no puede responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el fondo privado de pensiones, que fue una decisión libre, autónoma y voluntaria, sin evidenciarse vicio alguno en el acto de traslado.

En ese sentido, solicita a los H. magistrados que estudien el proceso y las pruebas aportadas por la demandante, ya que existe un formulario donde está su firma y cedula, autorizando el traslado del régimen, así como una autorización de su parte para ello, por lo cual tenía la carga de demostrar que no fue su voluntad cambiarse de ese régimen.

Aunado a ello dice, es claro que Colpensiones no puede recibir a la afiliada, teniendo en cuenta la edad que ostenta la demandante, pues ya se encuentra en la edad correspondiente para adquirir su derecho pensional. De igual forma, solicita se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas en la sentencia, incluida la condena en costas acorde con lo expuesto en precedencia.

IV.II COLFONDOS S.A:

La apoderada judicial de Colfondos S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la condena en costas se refiere, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 365 del C.G.P, se tiene que el C.G.P, sujeta las costas a la condición que exista controversia en los procesos y no ha existido una controversia procesal frente a Colfondos, ya que decidió acogerse a lo que el señor Juez tuviera por bien fallar, entonces no existiendo una condena, no existe a manera de ver de Colfondos S.A, la razón para que sea condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presenta alegatos de conclusión en donde solicitan la confirmación de la sentencia apelada.

Por otro lado, Colpensiones presenta alegatos reafirmando los argumentos expuestos en su recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la misma.

VI. CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

VI.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...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...";* información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido 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» (CSJ SL12136-2014) [...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – COLFONDOS S.A., no le brindaron la información necesaria al momento del traslado.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda

radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T”

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Colfondos S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, es pertinente indicar que efectivamente dicha entidad no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, por lo que no se presentó controversia en el presente asunto, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, no habría lugar a condenar en costas a la misma, contrario a lo aducido por el Juez de primera instancia. Por tanto, se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en su lugar, se absolverá a Colfondos S.A, de la condena en costas impuestas.

VII. COSTAS

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, dado que hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de COLPENSIONES, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

Se observa que existen dos memoriales, el primero presentado por la Dra. Angélica Cabrales Hernández, en el cual renuncia al poder otorgado por la entidad E.S.E VidaSinú, aportado la constancia de comunicación. Por otro lado, se encuentra memorial de la Dra. Andrea Paola Caballero Padilla, en el cual aporta poder otorgado por la Dra. Doris Estella Spath Portillo, como representante legal de E.S.E VidaSinú, para lo cual aporta la respectiva resolución de nombramiento y posesión.

VIII.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente, el numeral sexto de la sentencia apelada en el sentido de absolver a Colfondos de la condena en costas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia, según la motiva.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-004-2020-00081-01 Folio 85-2021
Estudiado y aprobado virtualmente

Montería, veintinueve (29) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Colfondos S.A y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **AIDA LUZ CABALLERO ALEMÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, Y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare nula la afiliación que en su momento suscribió con la demandada PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior se ordene la ineficacia de dicha afiliación, en el sentido que se entienda que no produjo efectos.

Así mismo, que se efectúe el retorno de todos los aportes, es decir, el saldo de su cuenta individual, más rendimientos financieros y lo relacionado con los gastos de la administración al sistema de prima media con prestación definitiva que hoy administra COLPENSIONES, costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la demandante, en el mes de enero de 1990 se afilió al extinto Instituto De Seguros Sociales, hasta diciembre de 1994.
- Aduce que, por presión de su empleador, que en ese entonces era la Corporación Financiera Corpavi, dada la reciente creación de los fondos de pensiones privados y basándose en una información suministrada por los agentes de ese entonces, los cuales le aseguraron que era la mejor decisión debido a la crisis que en esos momentos tenía el seguro social accedió a trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, COLFONDOS.
- Alega la demandante, permaneció en la administradora de fondo de pensiones COLFONDOS, hasta el mes de junio de 1995, momento en el cual realizó traslado a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, donde continuó aportando de manera continua.
- Afirma que, a la edad de 47 años, intentó trasladarse al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, pero dicha entidad no se lo permitió, argumentado que no era procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.
- Indica que, en fecha 18 de octubre de 2019, elevó ante la demandad PORVENIR, derecho de petición a través del cual solicitó la declaración de nulidad de la afiliación suscrita, por lo que el 20 de enero de 2020, se suministró respuesta negativa, argumentando que dicha administradora dio cumplimiento a cada uno de los presupuestos legales en cuanto al deber de información que le asiste, no siendo procedente su desvinculación.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. La demanda fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del demandante al momento de trasladarse y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción"*.

I.III.II PORVENIR S.A: Indica que se opone a las pretensiones, toda vez que la permanencia de la demandante en el RAIS durante 26 años, ha sido producto de su voluntad, complacencia con el mismo y su expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones de este, por lo

que, no hay lugar a declarar la nulidad del traslado incoada, y propuso como excepciones de fondo "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica.*"

I.III.III. COLFONDOS S.A: Manifiesta el apoderado judicial de Colfondos S.A, que no se opone a las pretensiones de la demanda y no propuso excepciones de fondo.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 21 de octubre 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, resolvió DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado efectuado por la señora AYDA LUZ DE LAS MERCEDES CABALLERO ALEMÁN, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, inicialmente a través de la AFP COLFONDOS S.A., a través de solicitud datada 30 de mayo de 1994, luego se trasladada a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., el 01 de enero de 2014, siendo esta la última AFP en la cual se encuentra afiliada la demandante, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, que proceda a RECIBIR a la demandante señora AYDA LUZ DE LAS MERCEDES CABALLERO ALEMAN, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

ORDENAR a la Administradora de Fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual -PORVENIR S.A., que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante señora AYDA LUZ CABALLERO ALEMAN, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y CONDENAR en costas a las entidades accionadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, emolumentos que se reconocerán a favor de la parte accionante.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el Despacho, teniendo en cuenta que se encuentran frente a un acto de traslado en el cual no hubo ningún tipo de participación de su defendida, toda vez que el acto que dio origen a la demanda fue un acto en el cual participaron los fondos privados y el demandante.

Solicita que se estudie la posibilidad de que sea la administradora de pensiones receptora, en este caso Porvenir, sea la que solvete los emolumentos, derechos, beneficios y demás circunstancias de esta declaratoria de nulidad.

Aunado a ello, solicita a los H. magistrados que se encuentran frente a una vulneración de la sostenibilidad financiera y del sistema general de pensiones. De conformidad con lo anterior, solicita que se revoque la sentencia en su totalidad, en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de cada una de las condenas impuestas.

Finalmente aduce, este caso en particular se encuentra susceptible del término prescriptivo, ya que se nota que han transcurrido más de tres años, y no se agotó la vía gubernativa.

III.II PORVENIR S.A.

El vocero judicial de Porvenir S.A, indica que interpone recurso de apelación en contra la decisión adoptada, en el sentido que el a quo echó de menos el formulario de afiliación, toda vez que teniendo en cuenta la jurisprudencia no se puede obviar el consentimiento informado y el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, lo anterior según lo expuesto en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, es decir, no se trata de un formato preimpreso sino en un requerimiento legal señalado por el legislador.

De igual manera, manifiesta que se duele del numeral quinto de la sentencia, en el cual se ordena trasladar los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos y gastos de administración, sobre el particular indica que esto no procede como quiera que las administradoras de pensiones y cesantías pertenecientes al RAIS son entidades especializadas para realizar la función de administrar los ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios, lo que se debe a la buena ejecución en cabeza de una AFP, por lo que no es dable el traslado de los gastos de administración al momento que se produzca el traslado de régimen pensional.

De igual forma, refuerza lo anterior lo señalado por la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, en el que se plantea en igual sentido por tal Corporación que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no se considera viable el traslado de dichos recursos. En ese sentido, deja sustentado el recurso de apelación.

III.III COLFONDOS S.A.

Indica el apoderado judicial de Colfondos S.A, que presenta recurso de apelación de manera parcial solo con lo que tiene que ver en la condena en costas a su defendida, con el objeto de que la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Montería, la revoque en ese sentido, teniendo en cuenta que el Juez de primera instancia no obro correctamente de acuerdo al artículo 365 del CGP, el cual regula la imposición de condena en costas, considera que su defendida no debe ser condenada pues no le es aplicable ninguna de las nuevas reglas que trae el artículo, teniendo en cuenta que para la aplicación de esas reglas es necesario que se presente controversia y en este proceso Colfondos S.A, no presentó ningún tipo de controversia respecto de las pretensiones de la demanda, es más dio por cierto los hechos susceptible de confesión, y para existir controversia debe existir posiciones contrapuestas y en el presente asunto no lo hubo.

En ese sentido, deja sustentado su recurso de apelación y se revoque por el superior.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. PARTE DEMANDANTE

La apoderada judicial de la demandante presentó alegatos, fundando sus argumentos en los preceptos jurisprudenciales emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217 – 2021, haciendo referencia al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Por lo anterior arguye, el fondo demandado no demostró haber cumplido con todas las cargas que hoy en día se imponen para con los usuarios del sistema, por tanto, en sentido y dado los argumentos del fallo de primera instancia debe confirmarse el mismo en toda su integridad en el trámite de esta segunda instancia.

IV.II. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

El apoderado judicial de la accionada COLPENSIONES, allegó escrito de alegatos de conclusión, reafirmando todo lo manifestado en el recurso de

apelación impetrado contra la sentencia proferida por el a-quo, haciendo énfasis en que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula. En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula.

Y señala, en los términos de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la selección de la administradora como del régimen compete única y exclusivamente al afiliado, sin que la administradora pueda negarse a aceptarlo si se dan las formalidades del caso, e incluso, el fondo de pensiones anterior, no puede negarse u oponerse al traslado a otra administradora.

Finalmente solicita, en caso de mantener el sentido de la sentencia proferida en primera instancia, se tenga en cuenta ordenar que se remita la totalidad de los aportes que se encuentren en las cuentas de cada afiliado, esto es 11.5%: Para Cuentas De Ahorro Pensional, 1.55%: Para Gastos De Administración Prima De Reaseguro FOGAFIN, 1.45% Para Las Primas De Reaseguros De Invalidez y sobreviviente y 1.50% de Sin Destinación Específica; siendo debidamente indexados.

IV.III. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

Presentó alegatos la demandada Porvenir S.A., a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva de las condenas impetradas.

Alude que, no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez ya que esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita: b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado

de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

Y dice, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, el artículo 899 del Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; información que "*...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra*" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña..." (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación N° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos previsionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido 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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A y Porvenir S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A y Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A y Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el apoderado judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios a la afiliada en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

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 a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, 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."

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

Aunado a lo anterior, alega el vocero judicial de la demandada Porvenir S.A, que la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, indicó que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que no considera viable el traslado de dichos recursos. Ahora, si bien el recurrente trae a colación el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, tal como se indicó en las sentencias antes referenciadas. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto.

II. No obstante lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción** y además lo aludió en su recurso de apelación, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Colfondos S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, observa la Sala que COLFONDOS no se opuso a las pretensiones de la demanda, e incluso, en cuanto a los hechos de ese libelo que se referían a ella, manifestó ser cierto los mismos. Ahora, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES a aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, no podía hacer aquél fondo privado para evitar el litigio. En consecuencia, el juzgado estima que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS, porque, a pesar que fue el ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso ni hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, dado que fueron vencidas dentro del proceso y hubo réplica a los recursos de apelación presentados y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, absolver a la demanda Colfondos S.A, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL Expediente 23-001-31-05-004-2019-00232-02 Folio 89-2021 Estudiado y aprobado virtualmente
--

Montería, veintinueve (29) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver la consulta y apelación de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **BETTY DEL CARMEN CARRASCAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., que se efectuó, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados por la actora por concepto de pensión, al igual que sus rendimientos, y a esta última, a aceptarla como afiliada, recibiendo los aportes realizados a COLFONDOS S.A. y pago de costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante, laboró al servicio del municipio de Montería en los cargos de Secretario de la Oficina de Auditoria de Valorización municipal del 25 de febrero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1998, secretario (código 540, grado 02) desde el 12 de enero de 1999 hasta

septiembre de 2005 y secretario (código 540, nivel 4) desde el 1 de octubre de 2005 hasta la actualidad.

- Aduce que, devenga un salario básico mensual de aproximadamente tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Indica, estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por el extinto ISS y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), cotizando con la empresa COLFONDOS S.A.

- Expone que, al momento del traslado a COLFONDOS S.A., la indujeron al error, pues no se le suministró información en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar una pensión, omitiéndose además su deber del buen consejo del fondo al cual le convenía más afiliarse.

- Dice, al momento del traslado COLFONDOS S.A., faltó al deber de brindar una información clara, precisa y concreta que le permitiera conocer las consecuencias negativas que acarrearía el traslado del régimen pensional, desmejorando su derecho pensional.

- Y anota, el día 14 de febrero de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación, a lo que esta respondió negativamente.

II. Contestación de la demanda.

II.I. COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que la demandada no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse de régimen, y no es posible su retorno por estar a menos de diez años para acceder a su pensión de vejez, siendo una decisión libre y voluntaria.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de COLPENSIONES y prescripción"*.

II.II. COLFONDOS S.A: Indica que no se opone a las pretensiones, y no propuso excepciones.

II.III. PROTECCIÓN S.A.:

La demandada contestó, aduciendo que no le constan en su mayoría los hechos propuestos, así mismo aduce respecto a las pretensiones, se opone a la totalidad de las mismas, pues la entidad ha cumplido con todas sus obligaciones como A.F.P., el cambio de régimen fue realizado con

pleno respeto a la normatividad y jurisprudencia vigente, brindando a la afiliada toda la información necesaria para el acto y los aportes fueron debidamente trasladados al momento del cambio.

Propuso como excepciones de mérito las de "Ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, traslado eficaz, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia y la innominada o genérica.

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Colfondos S.A, ordenó a Colpensiones proceda a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y a Colfondos S.A, de manera inmediata proceda a realizar la devolución de aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del régimen de prima media con prestación definida y condenó a las demandadas en costas y agencias en derecho.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de justicia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho, habida cuenta que el traslado fue una decisión voluntaria, sin evidenciarse injerencia alguna en el acto de traslado.

Aduce, se le dio toda la asesoría correspondiente a como es el régimen privado y que en el expediente, no obran pruebas que demuestren que a la señora Betty Carrascal no se le dio la información correspondiente o en su momento hubo algún acto engañoso.

Aunado a ello dice, es claro que Colpensiones no puede recibir a la afiliada, teniendo en cuenta que ostenta más de 55 años, por lo cual ya se encuentra en la edad correspondiente para adquirir su derecho pensional. De igual forma, solicita se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas en la sentencia, incluida la condena en costas acorde con lo expuesto en precedencia.

IV.II COLFONDOS S.A:

El apoderado judicial de Colfondos S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la condena en costas se refiere, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 365 del C.G.P, se tiene que el C.G.P, sujeta las costas a la condición que exista controversia en los procesos y no ha existido una controversia procesal frente a Colfondos, ya que decidió acogerse a lo que el señor Juez tuviera por bien fallar, entonces no existiendo una condena, no existe a manera de ver de Colfondos S.A, la razón para que sea condenada en costas.

IV.III. PROTECCIÓN S.A.

En lo que tiene que ver con la devolución de los descuentos que se hicieron, con motivo del art. 7 de la Ley 797 de 2003, porque dichos descuentos realizados durante el tiempo que estuvo la señora Betty afiliada a Protección S.A., se hicieron exclusivamente por mandato del legislador en el artículo identificado.

En el evento que se confirme la condena, considera que debe decretarse probada la excepción de "Devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia".

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I. Colpensiones.

Solicita la accionada, se revoque la sentencia de fecha 24 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, teniendo en cuenta que el acto de afiliación o traslado, se constituye en un contrato, que se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones, tal como se lee y se interpreta para este caso en particular del art. 1495 del Código Civil, que indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Y adujo, al referirnos a la selección del régimen, es claro que solo la voluntad es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11

del Decreto 692 de 1994 del Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8, lo que denota el carácter adhesivo.

También aclara, el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente indica, fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, y la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces no se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos en lo referente a costas, por lo tanto, solicita, se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a la demandada.

VI. CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

VI.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias y si hay lugar a la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; información que "*...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial*

afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido 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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – COLFONDOS S.A., no le brindó la información necesaria al momento del traslado.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos

antes planteados.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha

estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio".

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Ahora bien, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en tal sentido.

Ahora bien, advierte la Colegiatura que no le asiste razón al recurrente en lo concerniente a los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de

ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Colfondos S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, Observa la Sala que COLFONDOS contestó la demanda indicando no constarles unos hechos y aceptando como cierto otros. Además, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES a aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, no podía hacer aquél fondo privado para evitar

el litigio. En consecuencia, el juzgado estima que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS, porque, a pesar que fue el ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso ni hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas.

VII. COSTAS

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, absolver a la demandada Colfondos S.A, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado